



DISSERTATIO INAUGURALIS,
DE

ARBITRATU BONI VIRI.

IN CONVENTIONIBUS, ULTIMIS VO-
LUNTATIBUS, ET ALIIS CAUSIS
EXTRAJUDICIALIBUS,

Quam

Moderante summo rerum arbitro,
Auctoritate & Decreto

MAGNIFICI ET AMPLISSIMI ICTORUM ORDINIS

in

Incluta & Perantiqua EBERHARDINA,
PRÆSIDE

DN. JOHAN. ANDREA Frommann/

J. U. D. & P. P. h. t. Decano,

Pro

Licentia

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES

ritè capeffendi

Publico atque solenni examini sistit

F E L I X Spitz / Ronnenb. Mifn.

Ad diem Maji,

IN AULA NOVA,

Horis consuetis

TUBINGÆ,

Typis exscripsit Gregorius Kerner M. DC. LXLX.

ARBITRATU BONI VIRI

THESIS I.

Arbitratu boni viri : aut simpliciter : alicujus arbitratu aliquid fieri, expediri, aut constitui: phrasis in Jure Justiniano decantata est : Extate in l. 76. π. pro soc. l. 35. mand. l. 33. §. 3. l. pen. de procurat. l. 1. pr. §. 3. & §. l. f. ff. usufr. quem. cav. l. 57. pr. de cont. emt. l. 30. §. fin. π. de iurejur. l. 58. π. de legat. l. 1. l. 43. de legat. 3. l. 10. §. f. de alim. legat. l. un. §. 3. π. de ripa mun. l. 12. π. iud. soly. l. 2. §. 1. C. commun. de leg. & pluribus aliis in locis.

De
Phrasis
hujus:
Arbitratu
boni viri
quid fieri:
&c.
frequentia.

II.

Quamvis autem alio in casu, præter hunc, in Jure non inveniatur hoc vocabulum, nec in alio apud Ciceronem usurpatum legatur, teste Anton. Schoro in *Thesauro Ciceron. hac voce*; Apud alios tamen Auctores Latinos in aliis etiam casibus reperitur: uti penes Plautum in accusativo, qui in *Amphit. 1. 1. 102.* ait: *deduntque se divina humanaque omnia, urbem & liberos in ditionem atque arbitratum*; Et ita quoque loquitur Wess. *π. de recept. n. 2.* Derivatur id haut dubie à verbo arbitrari, à quo simul Arbitratoris vox suam trahit originem; quam vocem quidem priscis Latinis incognitam fuisse nemo elegantioris Latinitatis studiosus ignorabit; unde etiam à J. Ctis nostris nullibi usurpata reperitur. Usus tamen eandem introduxit, & non Juris Doctoribus solum, verum aliis etiam Scriptoribus fecit familiarem, ita ut illam cum paucis sciolis à præsentī materiā rejicere supervacuum censeamus. Neque enim juvat tale & similia vocabula, quæ ars sibi aliqua propria fecit, tanquam impura & civitatem Latinam non redolentia, exturbare, cum nec ipsos Romanos ab hoc genere verborum abstinuissent videamus. Luculento testimonio est Cicero, qui *Dialecticorum*, inquit, *verba nulla sunt publica, suis utuntur: & id quidem commune est omnium fere artium*; quem in simili adduxit Celeberrimus J. Ctus Dn. D. Lauterb. Præceptor meus colendissimus in *tr. de Arrha. th. 3.* Quod ipsum nobis confirmat Procopius, scribens de voce fœderatorum: cujus verba è Græco in Latinum sermonem à Grotio translata huc ponamus: *Longa dies non solet servare voces, in quibus primum data sunt, sensu vertuntur enim res ipse, qua volunt homines, vocabula illa primitus imposita rebus nihil curantes.* Verba namque hominum

De
voce:
Arbitratu.

ejus
Etymologia.
De
Arbitratoris
voces.



Disertatio Inaug.

minum intentioni deserviunt. c. humana c. XXII. q. 5. rebus ex debito, verbis ex nris beneficio utimur. Warem, ab Ehrenberg, L. XI de federib. c. 1. n. 15. Dicitur Budæus in annot. ad w. p. m. 35.

III.

Est autem arbitrari existimare, putare, aestimare. E. 25. pr. loca. sibi placere. l. 41. §. 4. de fideic. libert. sibi videri. l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 46. §. 3. de fideic. lib. censere, statuere, constituere. l. 76. pro soc. definire aliquid. d. l. 25. pr. loc. Henning. Wegner. in Comment. ad tit. de V. S. m. l. 68. Unde arbitrii (voce hac late sumta) species est. l. 76. pro soc. l. 77. & seqq. π. eod. Imò frequentissimè in Jure Synonymice arbitrium pro arbitratu poni, observare licet. d. l. 76. pro soc. ll. seqq. π. eod. l. 24. pr. loc. l. 7. pr. de C. E. l. 1. §. 1. de leg. 1. l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 46. §. 3. de fideic. lib. l. 30. pr. de oper. libert. l. 23. §. 1. π. d. R. l. d. l. f. C. de C. E. l. 3. C. de dor. promi.

IV.

E variis autem significatibus, quos vox hac habere apta nata est, in præsentis tractatione non adsumimus illum, quo I. denotat arbitrium, quod ferunt ii, quos ex compromisso adimus, ut controversiæ & litibus, quæ inter nos feruntur, cognoscendo judicandoque finem imponanti quorum procedendi ratio ad similitudinem judiciorum redacta dicitur in l. 1. ff. de arbitr. Confer d. l. 76. pro soc. & t. l. π. & C. de recept. arb. Connan. p. m. 186. num. 4. Duaren. p. 3. ad Tit. pro soc. p. m. 231. inf. exinde Schiedsrichter appellati. Wehner. voc. arbitr. Rosenth. de feud. cap. 9. concl. 22. Frantzk. ad Tit. de recept. communiter Arbitri. Gail. 1. O. 150. Nec II. illum, qui est eorum arbitratorum, in quos, controversiâ jam enata, consensus est, non ut servato ordine judiciorum procedant, sed de plano, tanquam mediatores, partibus viam ac modum, quomodo controversia ritè inter ipsas componatur, ostendant, & allatis in medium honestis persuasionibus, eandem amicè ex æquo & bono definiant: uti discrimen hoc notat post alios Salicet. ad l. 5. C. de recept. n. 9. Gail. d. l. Paris. vol. 2. consil. 24. n. 136. Brunn. in d. l. 5. Conf. Molina de l. & l. Tr. s. disp. 30. n. 3. seqq. Bachovius quidem in Comment. ad D. b. t. de recept. c. 1. n. 2. & ad Treutl. vol. 1. disp. 12. th. 4. lit. f. hanc Ddum distinctionem, tanquam à Jure penitus abhorrentem, non ferendam esse ait, simulque respondet ad objectum ex l. 76. pro soc. quem sequitur Vinn. in quest. lib. 1. q. 16. Verum cum in præsens neutrum genus examinandum sumserimus, istam questionem nostram minime faciemus. Hoc interim dubio vacat, quod hæc distin-

ctio

de Arbitratu boni viri.

Arbitratorum plerisque adprobata sit. Vide plenè hac de re Bapt. à S. Blas. de differ. inter arbitrum & arbitrator. c. 1. ubi centum cumulat differentias. Dn. D. Lauterb. Concl. Forens. Exerc. 13. concl. 14. lit. d. Sed illam jam sequimur significationem, quâ III. dicit justum æquumvè pronunciatum eorum, in quorum arbitrium in contractibus, & aliis negotiis extrajudicialibus aliquid definiendum collatum est. d. l. 76. & seqq. pro soc. l. 22. §. 1. de Reg. iur. Unde & Arbitri contractuum appellantur. Goëdd. ad d. l. 68. d. V. s. qui consultorum, declaratorum quoque nomine veniunt, Baldus in addit. Specul. de arbitr. Bertrach. h. voc. Frantzk. de recept. arb. n. 10. D. Struv. Ex. 8. th. 96. Wissenb. ad d. tit. th. 12. vulgò: Schiedsleute: Teidingsleute, Exod. 21. v. 22. ibi: soll es geben nach der Teidingsleute erkennen. Hoc, ut præfati jam sumus, Arbitrium erit nostræ disquisitionis argumentum.

V.

Sunt qui notant arbitrium arbitris attribui. l. 5. §. 7. de recept. arb. d. l. 76. pro soc. arbitratu vero fieri arbitratoribus convenire. Sed hæc observatio à plerisque non attenditur, quod deprehendimus apud Dd. passim, & textus supra adducti promiscuum satis indicant usum quemadmodum arbitratu meo æquè frequenter ac arbitrio meo Scriptores dicere observat Steph. Dolet. in comment. Ling. Latin. p. 807. Arbitrio ergò, arbitratu, arbitramento, quid fieri dicatur, perinde nobis est. Hoc tamen nomine, nempe arbitratu, arbitrium compromissarium in juris usu indigitari, vix arbitror.

Synonymia.

VI.

Bonus vir, uti appellatur in d. l. 76. pro soc. l. 22. §. 1. de R. d. aut (sine discrimine enim textus hoc situ utuntur) vir bonus, ut dicitur in d. 78. l. 80. pro soc. l. 57. pr. de C. E. V. l. 18. jud. sol. est ille, qui in aestimando, constituendo, definiendo, determinando, non mero suo indulget genio, aut pronunciat, quod sibi, etiam seposita ratione, æquum visum. d. l. 76. pro soc. sed qui æquitatem ob oculos habet, eam sequitur, & jura e. gr. contractuum ponderat. d. l. 76. quæque eis conveniens esse videt. l. 80. eod. qui æquum arbitratur. l. 30. pr. π. de oper. libert. circumstantias causæ rimatur, & quid quælibet postulet, æqua lance ponderat, nec verbis nudis servit. vid. d. l. 18. jud. solv. l. 45. pr. π. de procur. quod sanè ita facere eum oportet. per d. l. 76. Paucis: Bonus vir, desipiente Calvino in Lex. Juris, est, qui, nullius fraudis conscius, verum honestatis

Bonus vir quis?

A 2

judicium in qualibet re sequitur. Interdum autem iudex per bonum virum explicatur. l. 137. §. 2. d. V. O. & vir bonus per iudicem. l. 18. judic. solv. Gothofr. in not. ad d. l. 137. §. 2. voc. virum: quamvis non omnis vir bonus iudex sit; uti tamen è contrario omnis iudex vir bonus esse debet. Menoch. de Arb. Iud. quest. lib. 1. proœm. n. 7. qui ibid., ex Alex. ab Alex. Gen. dier. l. 6. c. 1. hanc viri boni laudat descriptionem: qui ubiq; sanctus, ubiq; integer, castus, honesti cultor, pius & integer sit, cujus ne erratum quidem minimum fuerit, ne dicam vitium, qui nullo modo perterritus, nulla calamitate victus, fortuna cedat; qui nihil expectat, nihil dicat, nihil faciat in vita, nisi cum summa laude & dignitate; qui in nulla re delinquat; quem nullius rei pœniteat, quique servet fœdera humani generis ita inviolata, in magnis minimisque rebus, ut ne minima quidem conscientia labe detineatur. Quamquam autem in collatione in alterius arbitrium non expressè adjiciatur viri boni arbitrium; id tamen tacitè semper subesse creditur, d. l. 30. pr. D. d. oper. liber. l. 1. §. 1. de leg. 2. add. d. l. 76. l. 78. pro soc.

VII.

Definitio
R & L.

Hæc de nominis definitione. Aliorum in Definitiones ipsius Rei, cum raræ sint, & vix inveniantur, multis inquirere, operæ pretium non putantes superfedemus. Igitur rem & argumentum nostræ Disputationis Inauguralis ita delineatam atque descriptam defendemus. **ARBITRATUS BONI VIRI** in conventionibus, ultimis voluntatibus, aliisque causis extrajudicialibus, est arbitrium, quo quid in iis incertum adhuc, sine iudicii figura, ex æquo & bono, ab eo, qui ad hoc constitutus est, certum redditur. Hujus descriptionis verbis singulis majorem lucem adferent ea, quæ in ipsa tractatione traduntur. Conf. Card. Tusch, pract. concl. 465. lit. A. ubi quærit: *Arbitramentum quid sit, & quid laudum, & quid in dubio presumatur?*

VIII.

Divisio.
I.
à causa
Efficiente.

Dividi potest arbitrium B. V. I. à causa, ad illud partes deducen-
te, quod sit vel necessarium vel voluntarium. Illud dicimus, ad quod eas causa publica jubet, & sic necessitas, quam vocant, consequentia, ut in simili materia loquitur Frantzky, in comment. ad Inst. in pr. de divis. stip. n. 4. non vero voluntas libera & spontanea. Estque iterum vel legale, ad quod quis legis dispositione compellitur; vel Prætorium, ad quod jussu Prætoris. Hoc vero, voluntarium inquam, contra se habet. Estq; vel conventionale, vel ultima voluntate electum. Illud

Illud est, ad quod partes mutua conventionione perveniunt; Hoc verò, ad quod ex ultimæ voluntatis dispositione. Voluntarium à modo voluntatem declarandi dividi potest in expressum & tacitum. Expressum est, quod vel à contrahentibus, vel à disponente per ultimam voluntatem in B. V. iudicium & voluntatem, æquo bonoque conformem, verbis expressis collatum est in genere aut in specie, cum personæ, à quâ expressè suscipitur, determinatione. Tacitum vero, quod, licet boni viri non habeat mentionem, in eum tamen collatum esse præsumitur ac creditur ex verbis nudam ac meram voluntatem non inferentibus. l. 11. §. 7. de legat. 3. l. 30. pr. de oper. libert. l. 58. §. 1. locat. ibi: quia id actum apparet esse. l. 137. §. 2. de V. O. l. 46. §. 3. de fideic. lib. Sed & quod ipso facto confertur aut suscipitur, ut infra ostendetur.

II. A subjecto (1.) aliud est nominatum: aliud innominatum. Illud est, quando persona arbitratoris nominatim comprehensa est. l. 76. pro soc. l. 43. de V. O. l. f. C. d. C. E. Estque vel restrictum ad personam nominatam, à quâ non rece datur, sed ea non arbitrate extinguitur, quale est in contractibus. l. 44. de V. O. l. f. C. de E. V. vel simul vagum & generale, personam nominatam non arbitrantem excedens, quale in legatis & fideicommissis, & in aliis quibusdam casibus servatur, ut infra demonstratur. Hoc vero quando indefinite in B. V. arbitrium respectus fuit habitus, arg. d. l. fin. quale est Legale. Item ultima voluntate quoque tale eligi potest, ut & in alimentis tex. expr. in l. 10. §. f. de alim. leg.

2. Aliud est arbitrium alienum. l. 25. pr. locat. ibi: alieno arbitrio. l. 1. §. 1. de legat. 2. ibi: arbitrium alterius. Aliud proprium, eorum, ad quos negotium spectat. l. 7. pr. π. de contr. Empt. ibi: arbitrio rei. c. g. heredis l. 46. §. 3. de fideic. libertat. l. 75. pr. de legat. 1.

II.
Subjecto.
1.

2.

IX.

Boni viri arbitratu ut quid fiat, variis à causis efficitur. Nimirum id aliquando ab ipsa Lege disponitur: quando ab ea contrahentes coarctantur, jubentur rem determinandam ad virum bonum remittere, ejus arbitrium in causa sequi, vel aliquid facere arbitratu boni viri. Exempli passim occurrunt. vid. §. 3. Inst. de inoff. testam. l. 35. D. mand. l. 57. pr. de C. E. V. l. 58. ff. de legat. 1. W. Landr. p. 2. t. 7. §. Nach dem wir/ibi: doch dass in diesem letzten Fall das Pfand durch erbare/ erfahrene Leute geschätzt/ und etc. vid. Joh. Port, in l. si quis 43. de V. O. Gædd. ad l. 68. de V. S.

Causa
Efficiens.
Principalis.
Conferens.

Porro Prætor quoque cautiones, quæ à mero ipsius officio proficiunt, boni viri arbitrato interponi curat, ut damni infecti, l. un. §. 3. de rip. mun. de re defendenda. l. 5. §. 3. judic. solv. l. 12. l. 13. l. 33. §. 3. l. 45. pr. l. pen. de procur. usufructuariam. l. 1. pr. §. 3. 6. l. f. p. usufr. quem. cav. l. 30. §. f. de jurejur. Sic & Magistratus locorum certis personis rerum familiarium peritiâ instructis injungere solent, ut frumentis, panibus, carnibus, aliisque, pretium decernant, quos Schächter in genere dicunt, & à variis objectis specialia nomina sortiuntur, ut adpellentur Broschäger, Fleischschäger. Ita etiam laudabili hujus Universitatis statuto cautum de mercede habitationum studiosis elocandarum, per æstimatores constituenda, in Statutis renovatis Univerſit. Tübingens, p. 130. seqq. verbis: *Id ut æquum omnibusque notum esse possit, singulis annis per duos ad hanc rem, alterum à Rectore, alterum à Præfetto urbis deputatos, ad initium Rectoris æstivi, omnes Habitationes æstimantur & Tabulâ publicâ in Aulâ nova proponuntur.* Denique arbitrandi facultatem concedit voluntas; quæ est vel ultima, vel inter vivos declarata. Illa quidem, cum disponens, vel per testamentum, vel per codicillos relictum, quid confert in hæredis arbitrium. l. 75. pr. de leg. 1. l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 46. §. 3. & 4. de fideic. lib. vel alterius, l. 1. §. 1. de leg. 1. l. 43. de leg. 3. In negotiis inter vivos arbitrium hoc confert voluntas contrahentium, quocunque modo expressa, ita, ut tacita etiam, facto declarata, sufficiat: Veluti si duo contrahentes super aliquâ contractûs parte ambigerent, nec convenire possent, Titius autem rem illam ambiguam definiret: Tunc enim illi Titii sententiam amplectendo consentirent in Titium arbitratorem, Tacite enim tunc adsumimus arbitratorem, quando non rogati cujusdam interpositionem acceptamus, pronunciato illius morem gerentes, fac. l. 10. §. 2. ff. de recept. Myns. dec. 6. Resp. 55. n. 20. Hinc etiam hoc respectu dividitur in expressum & tacitum. vid. Joh. Bapt. de Perus. l. 6. c. 1. Et hæc de causa boni viri arbitrium conferente.

X.

Suscipiens.

In Suscipiente arbitrium tale requiritur indistincte voluntas: & quidem, quando à causa publica confertur in certam personam, ex necessitate muneris impositi suscipitur illud. Cæterum si à privatis, tunc in arbitrio ejus est, an suscipere velit: nemini enim aliquid subeundum obtrudi potest. arg. l. 3. §. 1. π. de recept. arb. Frantzck. in d. l. num. 25. Duar. in d. l. p. 165. & arbitramentum vi metuvæ extortum ipso

de Arbitratu viri boni.

ipso jure nullas vires habere tradit Bald. in l. f. C. comm. de leg. Quin autem & hujus tacita voluntas sufficiat, non dubitamus. arg. l. 6. §. 2. D. mandat. Specul. in tit. de arbitr. §. sequitur. vers. numquid. Quamvis contrarium teneat Imol. & relati à Mascard. de probat. vol. 3. c. 1218. n. 26. Ut ergo in negotiis inter vivos alicujus arbitrato res determinari queat, requiritur ratione causa effectricis, ut voluntas, non unius, sed utriusque eundem ad hoc constituerit, & volentem quidem: ut ita lege contractûs fuerit comprehensum: veluti loquitur Jctus in l. 77. pro soc. Cujus requisiti defectu quod nullum sit, quicquid in hac re ab infante, furioso & similibus, gestum est, ipsa ratio docet. Illud nihil refert, num pœna sit adjecta, nec ne. l. f. C. de contr. empt. l. 44. D. de V. O. Lanfran. in pr. p. 1. n. 22. An Scriptura opus sit ad hanc voluntatem declarandam, quæri potest? Etsi quidem nostro seculo in omnibus paulò gravioribus actibus usitatum sit, placita scriptis consignare, idque à veteribus quoque factum fuerit, quod longè etiam tutissimum esse nemo negaverit: Scripturam tamen, præter facilioris probationis commodum, nihil roboris & efficaciz hic habere, dicendum est: Nisi expressè conventum sit, ut in scriptis eligeretur. arg. princ. Inst. de Empt. vend. l. 4. de pign. l. 17. C. de fid. instr. vid. Gothofr. ad l. f. C. de contr. empt. Ex dictis apparet stipulatione ad constitutionem illius opus non esse, In quo ab arbitrio, ad quod ex compromisso itur, differt. d. l. 76. pro soc. Colligitur ex his Gentium Jure magis regi hujusmodi inter vivos in arbitrium collationem. Joh. Bapt. Blas. in tr. de arbitr. pref. n. 27.

XI.

Causa, quæ movet legem, ut in B. V. arbitrium quid conferri velit, *Impulsiva.* aut permittat, varia esse potest: Partim nempe favor certarum rerum & causarum, quales sunt ultimæ voluntates. l. 41. §. 4. de fideic. libert. l. 46. §. 3. eod. l. f. §. 1. C. commun. de legat. ibi: *ne dum legatarium suis favendum esse existimamus.* Glos. ad l. f. C. de C. E. verb. pro nihilo. in addit. Dotes. l. 69. §. 1. de jur. dotium, aliæque, quarum dispositiones cæcæ eadem factas, ob solam non expressam ab homine certitudinem, infirmum abire non sustinuit lex: præsertim cum defectus ille hominis alicui modo repleti compensarique possit, judicis nimirum, aut B. V. determinatione: Unde, ut id fiat, actum à privatis sæpe credat. Studium quoque obaratos debitores contra varias creditorum fallacias muniendi. Würt. Sandr. d. l. junct. l. f. C. de pact. pign. In reliquis negotiis causa impulsiva in eo consistere videtur, velut contractus cœctius perficiantur;

tur; vel ut, quod ipsi contrahentes ignorant, aut non bene ponderant, brevius e. gr. tempus operi perficiendo statuentes, quam quod absolvi posset, ab aliis peritioribus, l. 58. §. 1. locat. aut, quod ob amicitiae verecundiam determinare nolunt, à communi amico, constituatur, arg. d. l. 76. pro soc. ibi: ut Nerva amicus communis partem constitueret societatis. junct. l. 63. pr. π. pro soc. aut ne affectione privatâ, quæ quippe homines sæpe in transversum rapit, Phil. Matth. ad l. 22. §. 1. de R. l. ab eo, quod æquum & justum est, ipsi contrahentes aberrent: sicque in univ. commerciorum ulus cō diligentius promoveatur.

XII.

Subjectum.

In collatione alicujus rei in B. V. arbitrium, quæ sit à privatis, videamus nunc de personis, quæ sunt vel conferentes, seu, ut loquitur JCtus in l. 30. pr. de oper. libert. arbitrio substituentes; vel suscipientes. Quod illas concernit, sciendum, omnes inter vivos arbitrium conferre posse, qui contrahendo se aliis obligare, & jus ad rem constituere valent, quique de rebus suis pro lubitu disponendi facultate à lege non destituantur, arg. l. si pupillus. 35. w. de arbitr. l. 34 §. 1. w. de minor. faciunt huc, quæ de compromisso tradit Menoch. de A. l. Q. 6. 171. n. 43. Hinc arcentur pupilli, minores curatorem habentes, prodigi alii ve huius generis. Tutoribus & curatoribus vel solis, pupillorum & curandorum nomine, vel ut auctoribus & consentientibus solimmodò sub arbitratu alterius contrahendi facultatem non denegamus; modo nullo non tempore utilitatem pupillorum suorum ob oculos ponant: alias tutelæ iudicio tenebuntur. Idem dicendum erit de procuratore universorum bonorum, arg. l. 58 ff. de procurat. Per ultimam voluntatem autem id conferre possunt, qui & testari,

XIII.

Suscipiens.

Recipere quoque apti sunt arbitrium, sive arbitratoris partes subire; quibus nec natura, nec Lex est impedimento. De muto & surdo quaeritur: num possit esse Arbitrator? Et primo intuitu illud quis negaverit, arg. l. 9. §. 1. π. de recept. Verum rectè in talem compromitti, probant nonnulli exinde, quod muti & surdi firmiter pacisci & contrahere queant, l. 4. §. 1. de pact. vid. Anton. de Butr. in c. quintavallis Cyn. in l. f. C. de arbitr. Accedit, quod muti & surdi specialiter à stipulatione tantum impediuntur, à reliquis contractibus & negotiis non item. l. 1. pr. d. V. O. cum possint intelligere & consentire, l. 48. de O. & A. Modo igitur voluntatem arbitriumque declarare queant, nihil est, quod ab

ab hoc arbitratu eos repellat, Confer. l. discretis. 10. C. qui test. fac. poss. & Bapt. de S. Blas. d. tr. n. 28. & seqq. Ad oppositam l. 9. 32. illam loqui de arbitro, qui iudicis officium quodammodo gerit, à quo speciatim lex mutos & surdos arcet. De cæco simile erit iudicium, Bapt. de S. Blas. d. l. n. 32. nisi res, de qua pronunciari aliquid debet, ocularem inspectionem desideret, arg. l. 11. w. de contr. empt. Anton. de Butr. in d. cap. Quintavallis. De Bannito, deportato, & excommunicato vid. Bapt. à S. Blas. d. Tr. n. 20. & 24. & n. 18. Tusch. V. l. 6. 447. Fœminæ, quamvis non possunt esse arbitrae, per l. f. C. de arbitr. quin tamen rectè eligantur in arbitratrices, nullus dubito, arg. d. l. f. Cyn. Salic. in d. l. f. Specul. in arbitr. §. potest. in pr. Abbas in c. quintav. Tusch. d. l. n. 27. 28. Camill. Borell. in tr. de Comprom. §. 2. gloss. 4. n. 13. Si hermaphroditus adsumtus proponatur, valere arbitrium ipsius, sine distinctione sexus incalcescentis, ut dicamus, superioribus est conveniens, vid. Bapt. d. S. Blas. d. tr. n. 16. De servo jura sunt expedita; Verban, arbitratu Lucii Titii fieri: jus (i. e. non nudum factum, sed facultatem arbitrandi, jure permissam & corroboratam, Gœld. ad d. l. Gothofr. ibid. quo ipso arbitratu certum quid constituatur, quod partes sequi tenentur, e. gr. contractum, hætenus pendente, perficere, §. 1. l. de emt. vend. l. f. C. eod.) significat, & in servum non cadunt, l. 68. de V. S. junct. l. 7. l. 9. pr. de arbit. recept. Et quanquam nonnulli putent, hunc textum loqui tantum de arbitris, non autem de nostris arbitratoribus, ex eo fundamento, quod contractus sint facti; facti autem capaces esse servos, quod vè servi acrimonia iudicii naturali non destituantur; Verius tamen est vel maxime de nostris arbitris ibidem JCtum agere, prout latè demonstrat Gœdd. ad d. l. Henning. Wegner. ad eand. Quid autem si recepta hæc arbitrandi facultate in servili conditione, liber postmodum factus arbitratus fuerit? Valebit, si consentientibus partibus id fecerit, d. l. 9. pr. In minore quid obtineat, habes iterum apud Joh. Blas. n. 21. add. l. 3. C. de in integr. rest. Absentem quoque arbitratores dari posse, non ambigendum; qui ipse etiam Absentibus contrahentibus arbitrium ferre potest, Conf. Menoch. de A. l. Q. l. 1. quæst. 17. n. 11. & seqq. In quo ab arbitro compromissario differt, post Donell. Tr. vol. 2. disp. 27. th. 7. l. d. & Bachov. ibid.

XIV.

Q. Utrum filiusfam. à patre rectè eligatur? Dubitationem movet, quod unam eandemque personam agere videantur, ex iudicio ipsius

ipsius Imperatoris in l. f. c. de impub. & aliis substit. quo posito, res patris ipsius filii simul esse censetur; in proprium autem arbitrium non potest facile quid conferri, secundum ea, quæ proponuntur infra. At verò hanc rationem non satis concludere, contrariumque verius esse, patet vel exinde, quod filiusfam. nullibi reperiatur exceptus: deinde hoc decidi potest arg. l. 6. ff. de recept. arb. Arbitrium inimici electi quin robur habeat, extra dubitationem est, cum parti eligentialem non amplecti, integrum fuerat: est namque hæc electio meræ voluntatis & facultatis. Quod si tamen adpareat, ejusmodi arbitratorem affectibus ductum, supra modum alterum læsisse pronunciando; aut reductio locum habebit, aut exceptio doli, Vid. l. 32. §. 14. ff. de recept. Add. l. 30. pr. ff. de oper. lib.

XV.

Plures adsumi ad arbitrandum posse, licitum non modò, sed quandoque etiam utile esse & necessarium, arbitror, arg. l. 17. §. 2. & seqq. de recept. Cum enim sæpissimè contingat, ut pretia rerum varient, & una eademque res apud diversos diverso valore æstimetur (magna siquidem inter mortales, & sic eorum judicia & censuras, distantia est. l. 31. π. de solut. juxta vetus dictum: quot capita, tot sensus.) adeoque in incerto sit, quid sequendum: eò in casu consultius erit, à pluribus peritis expiscari, ut deinceps, quod magis æquitati conveniens sit, à majori parte statuatur, contrahentibusque normam ac legem det. Quid autem tunc juris sit, si in pari numero constituti dissenserint, aut unus mortuus fuerit, aut non omnes præsentis, sed major pars statuerit aut æstimaverit? hæc & similia colligere facile licet ex d. l. 17. §. 6. 7. l. 18. π. de recept. Conf. Camill. Borell. d. tr. de Comprom. §. 2. gloss. 4. n. 127. & seq. & §. 4. gloss. 2. ubi tractat de eo: an in casu discordiæ tertium aliquem eligere queant?

XVI.

Ut autem alicujus arbitratu facta determinatio valeat, requiritur ratione hujus subjecti, ut ipsius persona ad hoc fuerit constituta vel electa. Nam ex constitutione vel electione facta, sive à Lege, sive à Magistratù, sive à privatis, facultatem arbitrandi deum quis accipit: non à bonitate sua & judicii acrimonia; quam licet optimè in ejusmodi contractu, aut ultima voluntate adhibuisset arbitrando, sed sine hac facultate in suam personam collata, omne quod egisset, nullius foret momenti. Contra verò, si ex facultate accepta arbitratus esset, à boni viri judicio licet aberrans, subsisteret in tantum illud arbitrium, ut tamen reduceretur: per ea quæ infra,

XVII. Hic

XVII.

Hic vero multa jam considerata veniunt, & è tenebris in distinctam veritatis lucem, quantum fieri poterit, eruenda, distinguendo circa hoc subjectum, quod, ut arbitratu suo aliquid definiat, constitutum est, 1. inter personam incertam & certam; & quoad hanc 2. Inter ipsos contrahentes, creditorem sc. & debitorem, & tertium aliquem. 3. Inter contractus & ultimas voluntates, & 4. quoad illos inter b. f. & stricti juris. 5. Inter contractuum substantialia & accidentalia, & tandem. 6. An electa persona æstimaverit seu arbitrium interposuerit, vel non.

XVIII.

In Incertam personam, & sic generaliter boni viri arbitrio, Lege, vel Prætoris edicto quid committi posse, ut partes vel judex teneantur post certæ personæ electione id, quod hucusque incertum est, determinare, dubio caret. Ejus exempla obverlantur passim: veluti in l. 57. pr. ff. de C. E. V. ibi: tunc coartandus est emtor venditionem adimplere, æstimatione boni viri arbitratu habita. l. 35. π. mand. ibi: & ruam partem, boni viri arbitratu æstimato pretio, dari oportet, in §. 3. Inst. de inoff. test. & alibi: vid. supra num. 8. Quæ obligatio, jure imposita, non pendet sub conditione arbitrii subsecuti, nec mora ei inest, neq; dies, sed pura est, arg. l. 1. §. 1. π. de leg. 2. Insuper in ultimis voluntatibus, quod legatum vel fideicommissum in incertæ quoque personæ, boni viri nempe, arbitrium in genere conferri queat, bene colligere est ex l. 43. D. de leg. 3. l. f. §. 1. C. com. de leg. l. 1. §. 1. de leg. 2. arg. l. 6. l. 27. π. de condit. & demonstr. add. l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 46. §. 3. de fideic. libert. l. 75. pr. de legat. 1. In Contractibus autem, nisi sub conditione iniqui, ab electa certa arbitratoris persona lati, arbitrii, arg. eorum, quæ paulò post adducuntur, minimè. Sanè enim qui generaliter alieno aut b. v. arbitrio quid promittit, nihil agit, per l. 25. w. locat. Hillig. ad Donnell. l. 12. c. 1. l. p. in not. ut, si in venditione convenirent, quod pretium declarari deberet à bono viro in genere, non facta relatione ad judicem vel ad certam personam. Maul. in tr. de empt. tit. 4. n. 12. Quamvis autem Glossa & Bald. ad l. in venditoris. 13. C. de C. E. jam olim hoc, & recte, docuerit: contradixit tamen ipsis Raphaël Cumanus in l. 43. ff. de V. O. n. 20. notante Mantic. in Tr. de tact. amb. convent. l. 2. t. 1. n. 31. Sed dum ad sententiæ suæ stabilimentum usus est l. 7. pr. w. de C. E. & l. 1. pr. ff. de leg. 2. facile cuivis de robore ejusdem constabit.

An & quando
tenus quid
conferri
queat
in
personam
Incertain?

In
ultimis
voluntati-
bus.

Contractib.

Excepto.

Exceptio tamen ab hoc, quod in incertam personam, nempe b. v. arbitrium, pretium in emtione venditione conferri nequeat, est in contractu pignoris: ubi contrahentibus permittitur, pacto comprehendere, quod non soluto intra certum tempus debito, rem pignori datam, iusto pretio aestimandam, possidere liceat creditori, qui casus habetur in l. 16. §. 9. π. de pign. Ex quo pacto debitor nolens volens vendere rem tenetur creditori, conditione hac existente, ac aestimatio rei oppignoratae refertur tunc vel ad pretium commune & forense, vel b. v. arbitratu determinatur. Frantzk, π. eod. n. 54. Quod speciale quid esse, cum alijs vix debitores invenirent pecuniam, cum Glossa ad d. l. 16. §. 9. dicendum videtur. Quare licet postea, cum ad contractum venditionis perficiendum (nec enim, solutione non facta, ipso jure venditio celebrata censetur. Frantzk. d. l.) accedunt, electa ab ipsis arbitratoris persona non determinaverit pretium, vel in electione aestimatorum partes non consenserint, iudex tamen aditus, tanquam vir bonus, adhibitis tunc à se electis aestimatoribus, arbitrabitur. Gothofr. ad d. l. 16. Add. l. f. C. de jur. dom. imp. Vid. Menoch, de Adip. poss. remed. §. n. 160. & seqq. ac Neguz. de pign. p. 4. pr. n. 6. & 11. Consonat J. P. W. d. p. 2. t. 7. §. Nach dem wir. ibi: durch erbare/erfahrene Leute geschätzt: perinde uti de societate, ab initio simpliciter, nulla partium mentione facta, inita, si postea convenerit, ut distributio fiat arbitrio Titii, ex Socin. Sen. docet Mantica, d. tr. lib. 2. t. 1. n. 30.

Cæterum quandocunque lege ipsa pretium in emtione minuentum, certo in casu, officio iudicis venit, quod contigit e. g. si quis emerit rem, cuius ususfr. ad ipsum ementem ignorantem pertinebat, l. 16. §. 1. l. 17. π. de C. E. si quis domum pro dimidia aut maiore parte exustam, l. 57. pr. eod. tunc, etsi expressè partes innominatum b. v. arbitrium comprehendant, valebit tamen conventio ista, non obstante arbitratoris incertitudine, & ad b. v. arbitrium res decidenda devolvitur; quia ea, quæ ex juris constitutione insunt, ut in dd. casibus b. v. arbitrium, dd. l. junct. l. 46. pr. l. 49. de evict. Frantzk. π. eod. n. 87. etsi à partibus exprimantur, non tamen mutant rei conditionem, l. 2. π. de condict. indeb. l. 3. C. de fideiuss. post Paul. Castr. lib. 1. consil. 11. n. 3. qui hanc regulam in genere verissimam dicit, Mantica, d. tr. lib. 2. tit. 1. n. 33.

Certam?

Atque hæc de arbitrio in incertam personam collato, Regulariter ergo

ergo certa debet esse persona electi arbitratoris. Ubi nunc primo videndum est de Tertio, in quem confertur arbitrium, eo nempe, qui non est ex ipsis contrahentibus.

Et quidem in ultimis voluntatibus, si in personæ certæ arbitrium legatum vel fideicommissum confertur, non tantum in hanc personam, sed simul in b. v. arbitrium indistinctè, tam quoad effectum reductionis, commissâ in arbitrando iniquitate, quam quoad ipsum arbitrium, electo plane non arbitrante, collatum censetur: & sustinetur à jure. De priore effectu constat ex regula generali, quod, quisquis alieno arbitrio valide quid substituit, ejus mens ea ferè sit, ut, quia speret, eum rectè arbitraturum, id faciat, per text. expr. in l. 30. pr. π. de oper. libert. l. 76. & seqq. maximè l. 79. π. pro soc. l. 22. §. 1. de R. l. De posteriore itidem, quod tali legato nulla inesse dicitur conditio, quæ inesset utique, si electi arbitri solius arbitrium spectandum foret, l. 1. §. 1. π. de leg. 2. l. ult. §. 1. C. comm. de legat. Id quod partim ex præsumta testantis mente venit, partim ex legatorum favore dependet. Phil. Matthæi ad d. l. 22. §. 1. de R. l. Bach, ad Tr. vol. 2. d. 27. th. 7. lit. c. Ejus tamen, qui electus est, arbitrium ante omnia expectatur, quo non subsequente, ad alterius b. v. arbitrium recurritur. Imo interdum ipsi legatario permittitur, in legato nempe electionis, arbitratu Lucii Titii faciendæ, d. l. ult. §. 1. C. comm. de leg. Nominato autem à testatore non arbitrante, pœnam non incurrit heres, si quam fortè ei, in casum non factæ præstationis, dictaverit testator, l. 7. l. 27. ff. de cond. & dem. Phil. Matth. d. l.

In contractibus autem, quoad collationem Arbitrii in certam personam, hæc ipsa paulò secus se habent. Primò omnium autem, quod ipsa etiam contractus substantialia in certæ personæ arbitrium conferri queant, imò debeant, si ipsi contrahentes determinare nolint, & tamen validè contrahere animus ipsis est, constat: Id quod pluribus probari potest textibus, in l. 25. pr. ff. locat. l. 76. & seqq. pro soc. l. 22. §. 1. π. d. R. l. 43. & seq. π. d. V. O. Hæc autem collatio in certam personam fit quidem simul etiam in boni cujusdam viri arbitrium, ad effectum reductionis, in casu manifestæ iniquitatis, ab arbitratore arbitrando jam commissæ: ita ut hoc respectu à persona ejus, post arbitratum talem, recedatur, & alterius boni viri arbitrium assumatur, aut ad iudicem, utpote virum bonum, recurratur. Quod ipsum ex generali ratione d. l. 30. pr.

in
ultimis
voluntati-
bus!

Contracti-
bus?

An & qua-
tenus ab
electa
Arbitratoris
persona
recedatur,

in
casu
quo
1.

Inique
arbitratur?

π. de oper. libert. adparet, & in terminis traditur in *l. 24. pr. π. locat. d. l. 76. & seqq.* maximè *l. 79. pro soc.* Ita ut hoc casu arbitrium non tam personæ, quam ipsi æquitati, quæ certis personis non circumscribitur, insertum videatur, verba sunt Philippi Matth. *d. l. n. 13.* Cum vero speciales hi textus de arbitrio, in b, f, contractibus in certam personam collato, loquantur; in quibus Dd. communiter id credunt, quando de emtione, locatione, societate, agunt, vid. Sichard, *ad rubr. Cod. de C. E. n. 6.* ansam hoc dedit quærendi: An etiam in contractibus stricti juris post iniquitatem commissam in arbitrando, ad b, v, arbitrium recurratur? Id quod nonnulli, teste Glossa, in *l. f. C. de E. V. ad verb. perveniat.* negant, propter *l. 43. π. de V. O. ibi: à persona non esse recedendum ejus, cuius arbitrium insertum est*, è quibus etiam est Phil. Matth. *ad d. l. 22. §. 1. n. 15.* post Cujac. *ad d. l. 43.* Verum quod *d. l. 43.* loquatur non de casu, quo arbitratus est electus, sed quo moram in arbitrando committit, & tandem planè non arbitratur, ipsa verborum *d. l. 43.* evidentia ad oculum ostendit, & propterea *d. l. 30. π. de oper. lib.* generalitati merito in hæremus cum Gloss. *d. l. Donell, Treutl, & aliis* ab hoc alleg. in *V. 2. d. 27. th. 7. c. & Bachov, ad eund.* ostendente ibid, quare in arbitrio compromissario hoc non obtineat.

XXII.

2.
quo
planè non
arbitratur?
In
Contractib.
stricti Juris.

Bonæ fidei
Sententia
Nonnullorum.
Aliorum
&
nostra.

Cæterum in contractibus collatio arbitrii in certam extraneam personam nullatenus simul fit in b, v, arbitrium, in casum, quo planè non arbitratur electus, sive nolit se immiscere, sive morte præventus, aut ob aliud obstaculum, nequeat. Id quod in contractibus stricti Juris, ob strictam eorundem naturam. *de qua Dd. ad §. un. l. de obl. ex consens. text, in d. l. 43. & seq. de V. O. Treutl, d. l.* Perinde, uti in compromisso ad alterius arbitrium non recurritur, arbitro non arbitrante, sed res in eod. statu manet, in quo ante compromissum fuit, *l. 45. l. 50. π. de recept. Phil. Matth, d. l. n. 15.* Corruit igitur contractus talis, electo planè non arbitrante. *d. l. 44. Gœdd. d. l. n. 171. Hillig. ad Donell, l. 13; c. 1. lit. q. in not, & ipse Donell, d. l.* At, quoad b, f, contractus, sunt, qui putant, Jure Dig. aliud obtinere, correctum tamen Jure Codicis, per *d. l. f. C. de contr. empt.* adducunt ad hoc sæpè citatam *l. 22. §. 1. de R. I. & modò laudatam l. f.* Verum uti libentes fatemur cum Imp. Justiniano ex *d. l. f.* magnam circa hoc dubitationem fuisse exortam multis antiquæ prudentiæ cultoribus, Sichard. *ad rubr. C. de C. E. n. 6.* quæ

quæ ob id Imperatoria opus habuit decisione: ita hanc sententiam nec omnium, nec plurimorum Jctorum fuisse, ex ipsis hisce verbis colligimus, & possemus ex ipso Cajo, Jcto in *l. 15. pr. π. locat.* contra sentientes manifestò convincere, nisi textus iste Tribonianam manum proderet, observante hoc rectè Bachov. *ad Tr. V. 1. d. 29. th. 3. lit. c. d. & V. 2. d. 27. th. 7. B.* Stat tamen pro nostra sententia Celsi Jcti auctoritas in *l. 75. π. pro soc.* cujus hæc verba: *si coita sit societas ex partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si antequam Titius arbitraretur, decesserit, nihil agitur.* Nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit. Ut ut ergò dissensionis veterum argumenta in libris, ex quibus Digesta compilata sunt, extiterint; in ipsis tamen Digestis non legitur adprobata Codicis Legibus contraria sententia, præsertim cum decisionis *d. l. fin.* quæ est una ex 50. ut vocant, decisionibus. Rittersh. in comment. *ad §. 1. l. de E. V.* rationem commodè habere potuerint, atque habuerint compilatores. Nec obstat *d. l. 22. §. 1.* quæ non incommode accipi potest de boni viri arbitrio, quantum ad corrigendum iniquè latum, arg. *l. 76. π. pro soc. l. 7. pr. π. d. C. E.* non autem quantum ad subrogandum, ubi electus nunquam arbitratus est: Aut etiam de conditione in arbitrium collata, quæ non tangit ipsum contractum perficiendum, sed perfectum: in accidentalibus quibusdam determinandum, e. g. vendo tibi servum pro tot aureis, si rationes meo, i. e. domini, computaverit, arbitrio. *l. 7. pr. π. de C. E.*

XXIII.

Quicquid autem inter veteres de hoc dubitatum fuerit, quorum multi distinguebant, utrum in aliquem, ut personam certam, consenserint contrahentes; an vero, ut in virum bonum. Gloss. in *d. l. fin. verb. venerunt*: quia tamen multæ conjecturæ & divinationes, quibus opus erat, litibus ansam dedere, certum in hoc jus paulò post compilationis Pandectarum initium reddidit Justinianus in *d. l. f.* ex qua desumptus est *§. 1. l. de emt.* usque ad eod., ut electo, in b, f, quoque contractibus, non arbitrante, actum planè sit nihil, conditione scil. sub quâ quilibet talis contractus tacitè initur, & tunc pender, scil. si arbitratus fuerit, deficiente. Propterea perspicuum errorem errasse Cujacium ad *d. l. 43. π. de V. O.* qui adhuc negotium peragi, Titio etiam non arbitrante, statuit, ut cum Bachov. *ad Tr. V. 2. d. 27. th. 7. c.* dicamus, satis causæ est. Et hanc sententiam, quod à persona non recedatur in emtione & venditione, collato in tertii arbitrium pretio, amplectitur etiam Mantica in *d.*

in d. Tr. de tac. & amb. convent. l. 2. tit. 1. n. 27. Mozz. tr. de contract. tit. de emt. vend. rubr. de substant. emt. n. 25. Quæ autem ratio sit, cur in contractibus à persona electa non arbitrate non recedatur, sed contractus potius pereat, quam ut ad b, v. arbitrium recurratur, prolixè exponit Donell, ad d. l. 43. π. de V. O.

Et hæc procedunt, etiam si id specialiter & expressè non sit actum, ut is solus, cujus arbitrium electum, arbitretur, arg. l. 75. pro soc. Nam si hoc ita actum, nulla dubitandi ratio fuisset J Cto in d. l. 75. Mantic. d. l. n. 29. rectè in hoc ibidem Menochium refutans.

XXIV.

De
pretij au-
gmento
in tertij
arbitrium
collato.

De pretii certi augmento, in tertij arbitrium collato, e. g. vendo tibi fundum pro mille, & eo pluris, quod Titius arbitratus fuerit: controvertunt Dd. an tacitè in arbitrium b, v. in genere consenserint, ita ut, Titio non arbitrate, ad b, v. arbitrium recurratur, & ab ejus persona sic recedatur? Licet autem negativa momentis rationum non careat, affirmativam tamen receptissimam esse, jam olim observasse Alciatum ad l. 7. pr. π. de C. E. n. 26. & magis receptam esse, docere Menochium consil. 93. v. 4. tradit Mantic. d. l. n. 30. qui ibid. à n. 32. plures restrictiones cumulat, quas aliis examinandas relinquimus.

XXV.

Quid
iure Canon.

De Juris Canonici tamen æquitate à persona non declarante quod ambiguum est, recedi, & ad iudicium b, v. viam patere, testes sunt Mant. l. 2. t. 1. n. 40. & Menoch. de A. l. Q. 68. n. 55. qui plures citat auctores, textum autem nullum.

XXVI.

An in Con-
trahentium
arbitrium
proprium
rectè conse-
ratur
quid?
An in debi-
toris?

Hæc de arbitrio in extraneum collato, An verò in proprium ipsorum in negotio principalium arbitrium collatio fieri queat, indagandum nunc erit. In voluntatem Debitoris meram ipsam obligationis substantiam expressè non posse conferri, rationis est: quæ enim necessitate solvendi astringeretur, qui nondum obstrictum se voluit, & de quo, juxta communem hominum naturam, præsumptio est, quod non facile sese obstrictum velit, præstandis his, quæ sibi oneri esse viderit, arg. l. 25. π. de probat. Phil. Matth. ad d. l. 22. §. 1. n. 21. Unde etiam, ut id fiat, jus non patitur. Nullum ergò est, quicquid ita actum est, ac pro non dicto habetur; nulla inde obligatio, actio nulla, nulla obligationis, quæ nunquam in debitore extitit, ad hæredes transmissio. l. 8. D. de O. & A. l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. nulla obligationis etiam suspensio,

sio. quomodo suspenditur arbitrio collato in tertium. Bachov. ad Tr. d. V. l. d. 29. th. 3. l. c. d. etiam si vir optimus esset, in cujus voluntatem collatum, ut quid debeat, & aliàs bonus vir, ponderatis rei circumstantiis, debitorem se declararet. Neque ex hujusmodi conventionem quis invitum rem vendere compellitur l. 13. C. d. C. E. nec præstare, quod quis stipulanti ita promissit, l. 46. §. 7. l. 108. §. 1. de V. O. d. l. 8. Imò etiam si in arbitrium ipsius, & uti æquum putaverit, id conferatur, arg. l. 35. §. 1. de C. E. Juri enim minime convenire, arbitror, quod simpliciter docet Tiraquell. in Tr. de privil. pia caus. privil. 145. quod, quodcumque pars, in cujus arbitrium quid collatum sit, nolit arbitrari, in omnibus contractibus ad iudicem recurratur, per l. (quam voluit allegare, sed in qua à typographo fuit erratum) hac venditio. 7. pr. π. de contr. emt. In stipulatione tamen tacitè in promissoris arbitrium conferri posse, nimirum si in capitolium ascenderis, dabis ne? rectè tradit post Donell. Treutl. d. disp. 27. th. 7. in f.

XXVII.

Quæ omnia, quatenus de mera, plena voluntate dicta sunt, in ultimis quoque voluntatibus ita procedunt: in quibus quippe in heredis aut alterius honorati voluntatem ac nutum verbis his; si volueris: si libuerit; nec legata, nec fideicommissa conjici queunt, an debere velit, aut restituere? textus expressi in l. 43. §. 2. de leg. 1. l. 11. §. 2. de leg. 2. l. 3. §. 1. de reb. dub. l. 46. pr. §. 3. de fideic. lib. Quare heres, adeundo hereditatem cum tali legatario vel fideicommissario, non quasi contrahit, nec ei obligatur. dd. ll. junct. §. 5. l. de obl. qua quasi ex contr. Bach. ad Treutl. V. 2. d. 13. th. 6. d.

Exceptio tamen est in libertate, quæ ita fideicommissio validè relinquitur. l. 46. pr. de fideic. libert. Sed & Bachov. ad Tr. d. l. observavit, interdum probari posse, testatorem viri boni voluntatem intellexisse, etiam si usus fuerit verbis istis: si heres volueris. Aliam exceptionem adfert Gœdd. in tr. de contr. & commit. stipul. c. 8. n. 149. tam in legatis, quam in contractibus locum obtinentem, nempe quod possit quid conferri in debitoris voluntatem, si pendeat ab aliqua præstationis necessitate. l. 44. §. 5. de O. & A. l. 115. §. 2. de V. O. In quibus tamen iterum differentia est à contractibus, quod in heredis, aut alterius honorati, arbitrium, non meram & plenam voluntatem, collatum legatum aut fideicommissum validum per omnia est, perinde, atque si eidem, non ut debitori futuro, sed quasi viro bono, hoc injungatur; ut si dixerit testator: si

Except.
1.

si fueris arbitratus: si putaveris: si aestimaveris: si utile hoc tibi visum fuerit vel videbitur, l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 46. §. 3. de fideic. lib. si voluntatem meam probaveris, d. l. 46. §. 3. comprobaveris, l. 75. de leg. 1. si tibi probentur, l. 41. §. 4. de fideic. lib. si justum putaveris, d. l. 75. pr. Quo in casu tempus ad arbitrandum solvendumque arbitrio judicis solet præfiniri, arg. l. 13. de solut. l. 23. §. 1. π. de hered. inst. Glofs. ad l. 1. π. de leg. 2. verb. mora.

XXVIII.

Hæc quidem de legato aut fideicommissio ipso in voluntatem honorati, an præstare velit, collato. Cæterum ea, quæ ad circumstantias eorundem magis pertinent, rectè in voluntatem ejus conferuntur, e. g. subjecti, cui ex coheredibus ipse velit restituere, d. l. 7. §. 1. π. de reb. dub. quantitatis objecti, loci, arg. h. 2. §. 3. de eo, quod cert. loc. temporis, quando debeat, tex. expr. in d. l. 46. §. 3. de fideic. lib. cum voluerit, d. l. 11. §. 6. de leg. 3. Quod quidem relictum pendet, & non pendet, purum, & non purum seu conditionale est. Purum, respectu obligationis volendi, quam vivente fideicommissario moriens ad heredem passivè transmittit: conditionale autem, quantum ad jus ad rem fideicommissario acquirendum, quod prius non acquiritur eidem, quam gravatus voluerit. Et ideo si decesserit fideicommissarius, nondum declarata ab herede voluntate, ad heredes suos nihil transmittit, tex. not. in d. l. 11. §. 6.

XXIX.

An in Creditoris?

Tandem ad collationem in ipsius Creditoris voluntatem & arbitrium devenientes, dicimus, in arbitrium ejus obligationem rectè conferri, arg. l. 103. de condit. & demonstr. d. l. 108. §. 1. de V. O. Gædd. c. 8. n. 149. id quod non habet magnopere dubitandi rationem, Bachov. ad Treutl. V. 2. d. 27. th. 7. in fin. quemadmodum & in legatarii. Quo in casu conditionale esse legatum, conditione personæ injecta, & sic ad legatarii, antequam constituerit, decedentis heredem non transmitti, contra Treutl. cum Bach. d. l. credimus, quia satis evidenter id statuitur in l. 65. §. 1. de legat. 1. l. 69. de condit. & dem. ut ut alias tacitè eadem conditio: si voluerit: insit, nec conditionale ob id legatum faciat, d. l. 65. §. 1. & expressio ejus, quod tacitè subest, nihil operetur, nec novam formam det, aut actum conditionalem faciat, per collecta à Barbos, l. 1. cupl. voc. expr. ax. ult.

XXX.

Objectum

Relictis personis progredior ad Objectum, seu res, quæ alterius arbitrio

in
Genere.

arbitrio committi possunt. Ubi generaliter tenendum, arbitrium conferri posse super negotiis honestis, futuris, & summam omnibus, quæ in specie non excipiuntur; contractibus maximè b. f. arg. l. 78. pro soc. ibi: eo magis, quod judicium pro socio b. f. sit. l. 22. §. 1. de R. l. 24. pr. locat. ibi: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, arg. l. 60. in f. ff. mand. stricti juris l. 43. de V. O. & aliis. Præmissis autem in his locum habebit, quæ alias determinationem non recipiunt aut à lege, aut aliunde. Nec minus ea arbitrio b. v. locum faciunt, quæ sunt obscuræ significationis, & per relationem ad aliud non possunt certificari, ut loquitur Bald. in auth. præterea. in 2. coll. vers. quæro ergò. C. unde vir & uxor. vid. Tusch. conclus. 476. lit. A. Facta quoque alterius definitionem non respuunt: veluti si in locatione operis dicatur, ut illud fiat arbitratu Lucii Titii. Glofs. in l. 77. pro soc. aut, ut opus destruat, Glofs. in l. 43. de V. O. ut rationes arbitrio domini computentur, l. 7. pr. de C. E. operæ præstentur arbitrio Patroni. l. 30. pr. de oper. libert. Elegans exemplum quoque habemus in l. 137. §. 2. d. V. O. & in l. 58. §. 1. locat. Modò & hæc talia sint, quæ non eximantur. Sanè enim, si legaverit quis scæminæ: si arbitratu Lucii Titii nupserit: hæc nec arbitrium ejus expectare necesse habet, nec, si is non fuerit arbitratus, & ipsa nupserit, deficit legatum, l. 28. pr. l. 72. §. 4. π. de condit. & dem.

XXXI.

In hac vero objecti contemplatione paulò penitius versandum est, maximè quatenus in contractibus arbitrio locus sit: quam rem commodè duabus propositionibus includi posse, visum fuit. Prima esto de eo: Quidnam in alterius arbitrium, in contractibus, committi queat? In hac propositione distinguo inter contractus substantialia & accidentalia. Substantiam quod concernit, eam in tertii alicujus arbitrium conferri posse, docemur in l. 25. pr. π. locat. & pluribus aliis, supra citatis, locis: v. g. hæc res emta tibi esto, si Titius voluerit: item si pretium in alterius arbitrium conferatur: veluti quanti Titius voluerit: quantam summam vel pretium definierit, l. f. C. de C. E. Dictum autem est: in tertii arbitrium, i. e. certi alicujus hominis, nominatim expressi. Nam si quis ad B. V. judicium in genere, non designatâ certâ persona, rem, ad essentiam contractus spectantem, velit deferre, nihil ageret, ut supra hoc in subjecto est ostensum. Hic benè discernendæ sunt supremæ voluntates à contractibus, maximè quoad heredis institutionem.

Specie
de Contrahentibus
Propositio
generalis.
L.

Hæc enim prorsus respuit alterius iudicium & voluntatem, vultque per se firma esse, nec ex alieno arbitrio pendere. *l. 32. pr. π. de hered. instit.* quod in legatis secus esse, suo loco jam monitum. Tertiū, inquam, arbitrium admittunt substantialia negotiū : ipsorum autem contrahentium nullatenus, prout evictum. Quibus consequens est dicere, conveniri non posse, ut unus partium eligat aliquem, pretium rei definiturum, cum, præter dicta, hæc res à duorum consensu dependeat. *Hillig. lib. 13. c. 1. lit. p.* Exceptio habetur *1. in eo*, quod lex in arbitrium aëtoris pretium conferat in penam contumaciæ Rei. *l. 8. de in lit. jur. junct. l. 1. π. pro emt. l. 46. π. de R. V. 2. In l. 46. pr. de fideic. lib.* nempe in libertate per fideicommissum relicta, quæ contra regulam, quā in arbitrio rogati fideicommissum poni non posse, traditur in *l. 7. §. 1. π. de reb. dub.* illud admittit.

XXXII.

Altera propositio erit de modo seu qualitate contractus; item de tempore, loco, & similibus; in cujus arbitrium conferri possint, ac debeant? Et dicendum, hæc & talia non solum in tertii cuiusdam, (quo nomine differt à *substantia contractus*) verum etiam in ipsius contrahentis, debitoris, vel heredis arbitrium conferri posse: e. g. si hæc res tibi placuerit intra quadriennium, emta sit Tibi aureis tot, vel tot. Hæc enim adjectio temporis est, & ad extrinseca contractus pertinet. §. *pen. Inst. de Em. vend.* Bronchorst. *ad d. l. 22. §. 1. de R. l. l. 137. §. 2. de V. O. d. l. 7. de emt. vend. l. 77. seqq. pro soc. l. 24. pr. l. 58. §. 1. locat. l. 46. §. 4. de fideic. lib. l. 11. §. 6. de leg. 3.* (ubi verba: *cum voluerit*: non de conditione, sed de tempore, quando sc. voluerit, intelligenda sunt. Matth. ad sapius dictam *l. 22. §. 1. de R. l. n. 24.* ita ut, ipso sic gravato herede decedente, antequam constituit dare, heres ejus teneatur, modo non antequam hoc fieret, ut gravatus constitueret, aut de-cederet, fideicommissarius decesserit; tunc enim hujus ad heredem nihil transfertur, *d. l. 11. §. 6.* quia hoc respectu conditionale est. contra Donell. Bachov. *ad Tr. vel. 2. d. 13. th. 6. l. B.* uti supra quoque hæc de re:) *l. 69. §. 4. de Iur. dot. l. 75. pr. de leg. 1. l. 46. §. 2. de V. O. Conf. Gædd. d. l. num. 151.* ubi etiam de verbis illis ambiguis: *cum volueris*: nonnulla tradit. Add. Gloss. *ad d. l. 46. §. 2.* ubi inquit in rationem differentię inter verba: si voluero, & cum voluero, Bach. *d. l.*

XXXIII.

Ex his facili negotio deciditur quæstio, à quibusdam mirum in mo-
dum

dum tracta : An valeat, v. g. venditio, cujus pretii determinatio in futu-
rum arbitrium alterutrius contrahentium collata est ? Scilicet cum
pretium sit de essentia contractus emptionis venditionis, frustra
agunt, qui affirmant contra apertum textum l. 35. §. 1. de contr. emt.
junct. l. 7. pr. eod. l. 13. C. eod. Dn. D. Lauterb. in tract. syn. d. t. n. 15.
Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 1. n. 6. Hillig. ad Don. l. 13. c. 1. lit. r.
ubi refutat ipsum Donellum verbis sequentibus : Hoc modo esset in po-
testate emtoris, an velit esse obligatus, ac pretium definire, & refellitur
ipse Donellus ex l. 115. pr. d. V. O. quæ probat & imperfectum dici, quod
nullum est, & pecuniam deberi non posse, incerta quantitate, quod sic con-
tingeret. Si enim non uno nummo, saltem duobus, tribus, vel paucissi-
mis liberaretur. Dissidentes robur argumentandi quærun in l. 24. w.
loc. sed quam feliciter, ex modo dictis colligere est. Porro ex l. 2. §. 3. de
eo quod cert. loc. ubi dicitur : an quis debeat, non esse in alicujus potestate,
sed esse quantum quis debeat. At vero huic objecto resolvendo vel ipsa
lex sufficit. Denique ex l. 7. w. de contr. emt. de quibus pluribus for-
tassis in discursu.

xxxiv.

XXXIV.
 Ethæc de contractibus in genere ad nostrum institutum satis
 erunt : ex quibus facile reliquæ quæstiones, quæ à Dd. aliàs passim pro-
 ponuntur, & nunc huc, nunc illuc trahuntur, expediri poterunt. Subjun-
 gam nunc quædam magis specialia, quæ circa unum alterumvè con-
 tractum agitari solent. Nimirum si emtio venditio proponatur à contra-
 hentibus ita facta, ut uterque aliquem peritum eligat, qui pretium rei de-
 nominet, puta : venditor Cajum, emtor Titium, num negotium subsistat?
 Nos emtionem venditionem esse negamus, per l. f. c. de contr. emt. vend.
 Cum enim contrahentes id maximè intendant, ut, quod ipsi certum red-
 dere aut non possunt, aut, pro renata, non volunt, ab alio, extraneo, de-
 finiatur ; judicium autem à duobus incertum & diversum talis compromis-
 atque ita eligentes suo destituantur sine ; sine dubio talis compromis-
 sio quoque erit nullius momenti ; utique, quia insuper certa persona,
 quod in proposita specie non fit, electa sit, necesse est : Imò accidere po-
 test, ut in eligendo ipsi in diversas vias abeant, vid. Vinn. in comment. ad
 Inst. §. 1. de emt. vend. n. 4. Pinell. de resc. vend. p. 2. c. 1. n. 6. Thom. Maul.
 Contrariam, ut communio rem, opinionem se-
 quitur Fachin. l. 2. contr. 6. 1. ubi in fine, nihil referre, ait, quod hic certa
 persona non fit nominata, cum conventio de eligendis duobus sufficere
 possit.

Specinlia
quædam
de
Contracti-
bus.
In
Emt. vend.

possit, & pro eo habendum, ac si electi sint, & jam nominati. At vero qualis hic certitudo? quodnam pretium? sine quo emptio stare hautquam potest. Nec impedit l. 16. §. f. de pign. ubi negotium non ut emptio venditio valere, sed ex contractu pignoris sustineri dicitur, uti R. Vinn. d. l. Ut ut autem hæc veritatem Juris habeant, Fachinæi tamen sententiam non solum communem, sed etiam in foro ad probatam esse, & consuetudine hujus seculi inter mercatores vigere, testatur Vinn. d. l. Bussius in l. 1. de permut. n. 8. add. Castr. in l. 15. loc. quibus calculum suum addit Celeberrimus Dn Struv. Præceptor olim meus aliquot annos honoratissimus. in Synt. l. Civ. Ex. 23. th. 19. Quod si vero partes illorum duorum judicium tanquam unum, respiciant, ipsive electi, prævia collatione, in idem conspirent, nihil video, cur talis conventio effectu suo carere debeat, juxta superius tradita. Quid si pretii determinatio utriusque in voluntatem collata sit? superioribus consequens est, ut statuamus, emptionem esse nullus momenti, idque iterum propter summam incertitudinem, vid. Rath. de contr. emt. 1. assert. 11. n. 1.

XXXV.

An autem contractus valeat sub ea forma, ut unus contrahentium solus tertium eligat, qui pretium declaret? Hæc quæstio supra verbo quasi facta fuit, & negata, & quidem rectè contra Bart. & Paul. in l. si merces 25. π. locat. Quamvis enim tunc cesset timor discordiæ, ut in superiori causa si metus est, quo duo à duobus eligendi sunt; alia tamen obstat ratio, non minor impediens, quod scilicet, in effectu, quæ res de substantia emtionis est, ex unius contrahentium arbitrio penderet, contra l. 35. §. 1. de contr. emt. vend. Thom. Maul. d. tr. tit. 4. n. 13. Rom. Consil. 257. inf.

XXXVI.

Ex eodem fundamento illa etiam quæstio, quæ à multis tractari, & affirmari solet à quibusdam, (vid. Fulgos. in l. hac venditio. 7. §. 1. de contr. emt.) Si convenerit, ut alter rem justo pretio haberet; An emptio sit? rectè negatur propter d. l. f. C. de C. E. si justitia pretii non aliunde determinata sit, per plures citatos à D. Lauterb. π. de C. E. §. 1. n. 15. An autem talismodi negotium in contractum innominatum abeat, & actioni præscriptis verbis causa existat, videbimus. Pinellus d. Tr. de Resc. vend. p. 2. c. 1. n. 17. hoc posterius non putat, idque idè, quod partes cogitassent de emtionis contractu, argumento sumto ex l. 7. π. de vulg. & pup. subst. verbis: ne fiat contra voluntatem. Ego distinctionem adhibendam arbitror; utrum res tradita sit, nec ne; ita, ut posteriore modo

do nihil actum sit: priori autem actio P. V. nata videatur, juxta l. 21. π. de P. V. arg. §. 2. l. de locat. Nihil mutante objecto Pinelli, tanquam non satis concludente. Non enim tam verba, quam ipsum negotium examinari oportet: uti vel ex facti specie, in l. 6. π. d. t. recensita, apertum est; ubi etiam venditionis sit sermo, & nihilo magis illa emptio venditio est, tradente Neratio Jcto. Vid. Bald. in l. f. C. de C. E. Verba siquidem secundum subjectam materiam & naturam contractus sunt intelligenda, per jura & Dd. allegatos à Barbosa locupl. voc. verba. ax. 21.

XXXVII.

Quæ de emptione vendit. dicta sunt, locum quoque invenient in locatione, quippe quæ simillima emtioni esse, & iisdem fere juris regulis constare dicitur ab ipso Imp. in pr. Inst. de loc. cond. junct. §. 1. eod. l. 25. π. eod. l. f. C. de C. E. In locatione, mercede in utriusque voluntatem & arbitrium collata, quid negotii contractum erit? Non equidem locatio conductio, ob mercedem dicto modo non constitutam; non secus ac in emtione venditione: prout patet ex th. anteced. Sed degenerat illud factum, si res ad usum tradita, in contractum innominatum, & actionem P. V. producit, per d. §. 1. Inst. d. t. l. 22. π. de P. V. vid. ibidem Vinn. Rath. de contr. & dist. emt. assert. 10. n. 9. De societate quid dicendum, ex l. 76. cum seqq. abundè, & ex aliis, partim jam dictis, partim dicendis, constare potest. In mandato sciendum est, quod interdum certi fines & modus gerendi præscribi soleant, quos diligentissimè custodiri oportet. vid. l. 5. pr. π. mand. Mant. de tac. & amb. convent. lib. 7. tit. 15. Würf. Eand. p. 2. t. 4. §. Es soll auch. Ubi verò ejusmodi modus ac norma contractui adjecta non reperitur, expediendum est mandatum juxta boni viri arbitrium, omnia ad mandantis præsumtam voluntatem reducendo, l. 35. inf. l. 46. l. 60. §. f. π. mand. Dn. Lauterb. in Tr. Syn. d. t. §. 2. n. 3. D. Frantzk. eod. Tit. n. 8. Quod arbitrium tamen non conventionale, sed à lege, æquitatis intuitu, injectum esse, dubio vacat: Cujus generis plura in seqq. §§. proponuntur.

XXXVIII.

Quoad poenam conventionalem disquirendum duxi, num illius quoque determinatio seu constitutio alteris judicio submitti possit? hunc in modum: si illud, quod promissisti, effectui non dederis; tunc, quot aureorum Titius poenæ nomine expressurus est, mihi exsolves? Et hoc Legibus nomine refragari existumo. Hujus occasione haut inconvenienter quæstio tractatur hæc: Utrum, si Titius ille poenam, debitum for-

In
Locat.

Societ.

Mandat.

Poenà con-
vention.

forte vel quarta parte egredientem, arbitrio suo complexus fuerit, committentes eidem solvendæ, vinculo quodam juris alligentur? Quod itidem dicendum videtur. Quod si namque partes voluntate sua & consensu mutuo ad unamquamque summam (modo id non fiat in fraudem legis, usurarum nimium excessum compescentis, de qua re vide subtiliter, & pleno studio, ex more, agente in Dom, Præcept. Lauterb. in *Disp. de pœna conventionali. cap. 6. th. 30. cum seqq.*) jure se obligare non prohibentur. arg. l. 64. l. 56. de evict. & expressim in l. 38. §. 17. de V. O. §. 19. l. de inut. stipul. quo minus hoc in producta specie fieri possit, nihil video impedimenti; modo tamen arbitrator b. v. limites non exceßerit, & manifestâ iniquitate arbitrium corruerit, arg. l. 30. pr. π. de oper. libert.

XXXIX.

Stipulationib.
Prætoriiis.

In stipulationibus etiam, quæ ex Prætoris Jurisdictione proficiuntur, adhibetur judicium boni viri; scilicet, ut nobis Titii arbitratu rectè caveatur, satisdetur; ut defendamur. l. un. pr. & §. 3. w. de rip. mun. vid. Gædd. ad l. 68. de V. S. n. 1. l. 12. w. jud. solv. l. 5. §. 3. eod. l. 33. §. 3. de procur. Sed & si cautum jam est, arbitrium b. v. locum habet, ut æstimet, an in stipulationem commissum sit? e. g. si quis cautionem de defendenda præstiterit, non mox in eam commissum dici potest, etiam si res non fuerit defensa, sed b. v. arbitrio hoc committendum, l. 18. π. judic. solv. l. 45. pr. π. de procur. non obstante l. 12. π. eod. per ea, quæ collegit & adduxit Glossa ad d. l. 18. verb. non cogat. Sic & si defensa fuerit, an tamen rectè, an non, id factum? viri boni est discernere, l. pen. π. de procur. l. ult. pr. w. eod. Cautio etiam usufructuaria b. v. arbitrium continet: nempe si cujus rei usufructus legatus sit, æquissimum Prætori fuit visum, legatarium cavere: usurum se b. v. arbitratu, l. 1. pr. usufr. quem cav. Quid autem sit boni viri arbitratu uti frui: exponit Jctus his verbis: non deteriore se causam facturum, reque ipsa ita usurum, tanquam sua esset, d. l. 1. §. 3. Dn. Struv. Ex. 12. th. 64. quæ stipulatio statim committitur, ac usufructuarius aliter usus est, & sapius quidem d. l. 1. §. 6. Frantzk. π. eod. & nisi cautio hæc fuerit præstita, res usufructuaria ei non debet præstari, l. 30. §. f. π. de jurejur. Hanc vero cautionem eum, qui bona sua alteri, retento sibi usufructu, donavit, non præstare teneri, integra definitione tradit Carpzov. J. F. p. 2. c. 14. d. 7.

XL.

Solutione.

His simile quodammodo est, quod tradit Ulpianus in l. 1. π. de solut. de eo, qui ex pluribus causis obligatus, solvit, non expressa causa, in quam

quam solutum sit: Tunc creditoris electionem esse, respondet Jctus, in quam velit accipere, cum hoc tamen temperamento, ut in eam summam accipiat solutionem, in quam ipse soluturus fuisset, si debitorem fuisse contigisset, adeoque b. v. officio fungatur, & arbitrium boni viri sequatur. In his enim & similibus consistit b. v. arbitrium in eo, ut quis in rebus alienis illud agat, quod in suis velit; quod summam æquitatem sapit, arg. l. 1. pr. §. 1. w. quod quisque jur. Notandum igitur, hoc arbitrium non tam à personis eligi, quam ab ipsa æquitate injungi, quippe se fundante in præsumto quodam voto partium, quod utique eò vela sua dirigere videtur, juxta l. 30. pr. de oper. libert. Unde & consequens est, nec certæ personæ demonstratione, nec reductione hinc opus esse.

XLI.

Reperiuntur adhuc alia negotia, quæ lex sub arbitrio quasi boni viri expediri vult: ut, quando dominis injungit, ut servos suos duriter habitos, bonis conditionibus (i. e. quantum bono viro justum videbitur) vendant, §. 1. Inst. de his qui sui vel alien. Iur. Referri huc quoque posse videtur legatum generis, l. 37. pr. de leg. 1. quo legatarius boni viri officium observare jubetur, ut nec optimum eligat, nec pessimum, sed mediocritatis legem sequatur: ut & optio in casu speciali, qui extat in l. f. §. 1. C. comm. leg. ubi Imp. ostendit, talismodi electionem mediam, non aliam esse, nisi boni viri, i. e. æquam: qua de re fortassis infra pluribus.

Aliis negotiis.

XLII.

Veniamus nunc ad dotis causam, & ad supremas voluntates, consideraturi, quatenus & illæ juxta arbitrium boni viri regulentur. Dos quomodo, & à quibus possit, aut debeat constitui, aliunde petendum. Hoc jam notandum, dotem constitui debere certam, quod, æque ut alias, duplici via fieri consuevit. Vid. l. 6. π. de R. C. vel certæ quantitatis expressione & determinatione: vel ad aliud facta relatione. Ad ultimum modum pertinet electio boni viri, l. 3. C. de dot. prom. l. 69. §. 4. w. de iur. dot. Semper igitur dos certa intelligitur, quando mentio facta est arbitrii boni viri, quia arbitrium illud non incertum est, & deficere nequit, l. 1. w. d. leg. 2. Brunn. ad l. 1. C. de dot. prom. Quod si absque arbitrii insertione dos promissa fuerit, major difficultas est, an valeat? propter duos pugnantes inter se juristextus, quorum unus est Papiniani in d. l. 69. §. 4. & Imperatoris Alexandri alter, qui extat in l. 1.

Item in causa Dotis.

e. de dotis prom. Papinianus enim expresse scribit, dotis stipulationem valere, quam, non demonstratâ re vel qualitate, quis promissit. Exopposito Imperator nullus esse momenti asserit, si neque species ulla, neque quantitas sit promissa; cui add, *l. 75. pr. π. de V. O.* Missis aliorum conciliationibus, distinguere mihi placuit cum Fr. Duareno *lib. 1. disp. 56.* Aut enim pater dotem dare simpliciter, nulla denonstrata re sive quantitate, promissit: aut ipsa mulier, vel extraneus. Vid, *in fin. d. l. 1.* Priori in casu valida est promissio, quia pater filia dotem constituere de officio jubetur, etsi nullam promississet. Unde, quamvis simpliciter dotem promissit, nulla prorsus re seu quantitate assignatâ, sufficit tamen nuda etiam pollicitatio, ex qua tenetur filiam dotare, secundum vires facultatis, & dignitatem mariti. Posteriori in casu, licet stipulatio subsecuta sit, nulla est dotis promissio. *d. l. 1.* propter incertitudinem, quæ ubique impedimento est, etiam in legatis & stipulationibus. *d. l. 75. pr. de V. O. d. l. 69. §. 4.* Nec juvat, quod diximus de patre: Diversimodè enim hic res se habet. Nam mulier aut extraneus ex juris obligatione, ceu pater, non est adstrictus ad dotem præstandam, cum vel indotata nubere, vel rem minimi pretii adferendo, liberari possit. Fachin, *lib. 8. contr. c. 75.* Menoch, *1. præf. q. 43.* Zas, *in l. 1. w. sol. matr. n. 33. C. l. A. w. de lute dot. th. 9.* Wes. *d. t. n. 5.* Perez, *in C. de dot. prom. n. 4.* D. Struv, *π. de iur. dot. th. 6.* Brun, *ad d. l. 1.* ubi receptissimam esse, ait, hanc sententiam, Aliter. Mantic, *de tac. & amb. convent. l. 12. t. 12. n. 10.* ubi vid. Conf. Glos, *ad d. l. 69. §. 4. verb. placuit.* Bachov, *V. 2. d. 7. th. 4. l. D.* ubi quatuor Dd. congeffit opiniones. Arum, *15. disput. 13.* Cæterum, eo quoque casu, quo alicui plures sunt filia, quarum una jam dotata est, reliquæ adhuc dotandæ, & pater aut frater dotem promittat, summa non adjectâ, certam esse dotem, & servandam æqualitatem: ut, quod pater reputavit congruum in dotando priorem, id quoque bonus vir aut iudex congruum putet in cæteris fororibus, dicit Tib. Decian, *Vol. 5. Resp. 57. in f.*

XLIII.

Peculiaria
in materia
Dotis.

Habet autem dotis causa (ut & suprema vota, prout infra notabitur,) quid privilegii & prærogativæ, præ aliis contractibus & negotiis inter vivos. Nam in his, arbitratore à partibus electo non arbitrante, à persona ipsius non abitur, sed negotium aut conventio, conditione non existente, non incipit nasci. *l. 43. de V. O. l. 76. pro soc.* quod non ita se habet in dotis promissione, per *d. l. 64. §. 4. de iur. dot.* in qua, utur per-

sona

sona aliqua nominatim sit electa, ab illa tamen receditur, & recurritur, absque ulla conditione negotium suspendente, ad arbitrium boni viri. Et hoc dotium favor efficit, ne mulier indotata maneat, & conditionem nubendi perdat. Baldus Novell, *in Tr. de dot. part. 6. privil. 9. num. 1.* Porro hoc etiam observandum in dotis causa, quod, quamvis in genere res arbitrio boni viri sit commissâ, i. e. nulla nominata personâ, nihilominus rei dotalis promissio viribus suis constet. In quo iterum abtâ natura contractuum reliquorum, qui hoc requirunt, ut in certam consentiatur personam. *dd. l. l.* Quibus quoque consequens est, non referre cujuscunque arbitrium sit electum, adeo, ut nec personæ constituentes, spretâ distinctione inter contractus essentialia & accidentalia, quam supra adhibuimus, excludantur, arg. *d. l. 69. §. 4. de iur. dot.* Semper enim recurritur ad officium boni viri, quod nunquam non in promptu est. Baldus Nov, *d. l. n. 2.*

XLIV.

Et hæc, quæ dicta sunt, locum quoque habere volunt Doctores in alimentis, quorum favor non minor est. Eberh. *in loc. à dote ad alimentum.* imo major, Bachov, *ad Tr. V. 2. disp. 7. th. 4. lit. D.* Nam & in illis promissis, quamvis nihil certi sit determinatum, nihilominus utilis est promissio: veluti si dico: dono Tibi, aut lego fundum seu pecuniam, ut alimenta inde habeas: licet non demonstraverim fundum, vel expresse rim quantitatem nummorum, tacitè tamen inest huic promissioni demonstratio & certitudo, arbitrio boni viri, pro viribus facultatum mearum & eo, quod præstare solitus sum, constituenda. arg. *l. 10. §. f. π. de alim. leg. junct. l. 14. w. de ann. leg. & l. 22. eod.* Idem jus, quoad cætera privilegia, in th. prox. notata, locum habere, à Dd. adferitur.

XLV.

Ast verò, num discrimen hic cum nonnullis statuendum sit inter pauperes & divites: ut, quoad illos, dicta procedant: quoad hos autem minime, non sine ratione quis ambigat? Ego cum textus in *l. 14.* generalis sit, ejus generalitati inhærendum judico, quia sine speciali lege generalia jura restringere non est. Insuper etiam, admisa hac distinctione, sequeretur, quod si dos promissa, aut legata sit mulieri diviti, si incertâ esset, non valere debeat; quod tamen contra textus apertos supra adductos statueretur. Vid. Surd, *de alim. tit. 8. privil. 71.*

XLVI.

Uterius hæc ipsa extenduntur ex textibus, de dote & alimentis lo-

C 2

quen. P. 115. causis,

quentibus, à Dd. ad pias causas, earumque privilegio tribuunt, quod ad b. v. arbitrium ipsis, etiam non determinata, relicta semper censeantur, & arbitratore electo non arbitrate, ad arbitrium b. v. recurratur, in quam rem Bald, Rom. Jason. citat Tiraqu. in d. tr. de priv. pie caus. priv. 145. Quibus simile est, quod proponitur à JCo in l. 30. w. de leg. 2. ubi quidam in testamento ita scripsisse legitur. *Reip. N. lego in tutelam via rescicienda: Et cum Scriptura imperfecta sit, quia summa non adscripta fuerat, quaestum fuit, an valeat hoc legatum?* Resp. Ictus valere, ratione adjecta: potest enim inquit, tanta summa videri legata, quae ei rei sufficeret, si modo non adparet, aliam fuisse defuncti voluntatem, aut ex magnitudine ejus pecunia, aut ex mediocritate facultatum, quam testator reliquit. Tunc enim officio iudicis, secundum a estimationem patrimonij & legati, quantitas definiri potest.

XLVII.

De
Augmento
Dotis.

Cum non raro dos augeri soleat: quæro: utrum augmentum dotis, si illud à tertii arbitrio determinandum sit, & valeat, & iisdem privilegiis gaudeat, atque dos ipsa? Quod valeat extra dubium esse, credo: Verum utrum, ut ipsa dos, in incertam personam possit conferri, & num, certa persona electa non arbitrate, ad bonum virum eatur, fortè non ex omni parte expeditum est. Pro affirmativa pugnare videtur idem favor & eadem privilegia, quæ dotem ipsam comitantur, arg. l. 8. C. de jur. dot. ibique Gothofr. & Brunn. §. 3. Inst. de donat. Rol. à Valle tr. de dotis lucro. l. c. 100. Ex quo Dd. regulam ponunt: quod alio jure non censeatur augmentum dotis, quam dos ipsa. Ben. Carpz. in l. F. p. 3. c. 22. d. 10. in fin. scil. quia portio quædam dotis est. l. 26. §. 1. w. de pact. dot. Ant. Fab. in Cod. lib. 9. tit. 6. def. 3. n. 3. Ita, ut optimè extensio etiam ad augmentum fieri possit. At verò, hæc ratione non obstante, contrarium verius existimo, eo argumento ductus, quod mulier jam sit dotata, & conditionem matrimonij jam nata: quo ipso simul concidit ratio, pro affirmante parte adducta: Longè enim major favor pro dote ipsa militat, quam pro illius accessione. Et hanc sententiam probant Castrensis, consil. 11. n. 3. l. 1. Tusch. h. voc. c. 472. n. 14.

XLVIII.

Quid in
ultimis
Voluntati-
bus?
In
Heredis
institutio-
ne.

Super sunt adhuc ultimæ voluntates, de quibus paucis acturus sum. Notari autem statim debet discrimen inter heredis institutionem, & alia capita testamenti, minus principalia. Illa enim, heredis institutio inquam, si alieno arbitrio permittatur: e. g. quos Titius volueris, heredes

des sunt: vitiosa dicitur JCo. in l. 32. w. de her. inst. addita elegantiratione: quod testamentorum jura per se firma esse debeant, non ex aliorum arbitrio pendere, junct. l. 68. l. 70. d. t. Quare, utut forsitan vir bonus satis circumstantiarum invenire posset, quare hunc vel illum nominaret heredem, nec arbitrando ab æquitate aut à voluntate testatoris aberraret; noluit tamen jus nostrum tali voluntati vim & efficaciam aliquam tribuere, nec boni viri arbitrii objectum facere ipsam heredis institutionem. Secus paulò se res habet in legatis, quæ non omninò re-jiciunt aliorum arbitria. Videndum itaque, quonam tertii arbitrium, in legatis conferendis electum, se extendat, & quisnam illius sit effectus? In legato hoc: si Titius arbitratus fuerit, neque conditio inest, neque mora; cum non personæ, sed boni viri arbitrium accipiat. Sive tertii illius arbitrium sequatur; sive secus; nihilominus legatum valet l. 28. w. cond. & dem. In b. v. enim arbitrio conditio nulla inest, & licet certum non sit individuum vir bonus in genere, certum tamen semper est, quid vir bonus, ponderatis circumstantiis, arbitraturus sit, nimirum, quod æquitati est consentaneum. vid. l. 1. §. 1. w. de leg. 2. P. Busius ad d. l. 76. & seqq. ff. pro socio. n. 10. & seqq. Nam arbitrari, ut supra monitum, non est nudè & absolutè velle, seu ex voluntate plena, exorbitante, illimitata, cerebrina, quid decernere: sed, re probè perpensa, quid æquum sit, exprimere. Unde quoque testator magis æquitatem cogitasse, quam personæ voluntatem, in æstimando legato, censendus est. Igitur juxta l. 1. §. 1. de leg. 2. debetur legatum, sive ibi tutores prorsus non arbitrentur; sive valde iniquam ferant sententiam: quia æquitas ipsa à testatore electa est. Ex his, quæ diximus, purum videlicet esse talismodi legatum, fluit, quod simul sit transmissibile. Arnold. Rath. de Emion. contr. assert. 11. n. 9. ubi dicit: quare & tale legatum, veluti nullam conditionem intellectu juris (quamvis enim verba illa: si Titius arbitrabitur: conditionalia videantur; tamen illis revera conditio non inest, quia illud arbitrium, quod viri boni intelligitur, non potest non existere, cum, si amicus electus in individuo non dicat sententiam, nec alius aliquis, judex tamen, utpote vir bonus, tandem arbitrari debeat) habens, transmittitur ad heredem legatarij, etiam ante arbitrium factum mortui. Quod etiam procedit, si ipsius heredis arbitrium fuerit electum, d. l. 11. §. 7. w. de leg. 3. l. 46. §. 3. de fideic. libert. Caltr. ad l. 43. de V. O. n. 8.

XLIX.

Et hæc dubium non habent, si in arbitrium tertii, tanquam boni viri,

Quid si in
tertij
meram vo-
luntatem
conferan-
tur?

legatum sit collatum, d. l. 1. §. 1. π. delegat. 2. c. g. si arbitratus fuerit: si aestimaverit: si visum fuerit: & simil. l. 11. §. 7. de leg. 3. l. 75. pr. de leg. 1. Quid verò, si in nudam ipsius ac meram voluntatem rem collocaverit testator utputa: Mævio 100. do lego, si Titius voluerit? An planè non valet hoc relictum? an sub conditione declarandæ voluntatis pender? Hic quidem consentiunt fermè Dd. quod licet Jus hoc constituere potuerit, ut vires habeat, tanquam sub b. v. arbitratus relictum; id tamen minimè fecerit. Verùm, an ulla ratione valeat? in hoc in diversum abire videntur Jcti, & creduntur etiam ab Hotom. 1. Resp. amic. c. 5. & qui eundem sequitur, Sarmiento l. 2. sel. interp. c. 6. n. 29. Ulpianus scil. in d. l. 43. §. 1. de leg. 1. Modestinus in l. 52. de condit. & dem. & Pomponius in l. 68. de hered. inst. In horum compositione quantum laboris impenderint interpretes, videre est apud Bach. V. 2. disp. 13. rh. 6. D. Cujus conciliandi, à Cujacio 2. O. 2. accepta, Fachineo quoque l. 5. contr. c. 58. probata ratio; quod omnino sub conditione primæ voluntatis, si scilicet semel declarasse tertium contigerit, arg. l. 11. §. 5. de leg. 3. pendeat; cæteris anteponenda hæcenus nobis videtur, Conf. Glos. ad d. l. 1. pr. de legat. 2. ubi aliter, & quatuor casus enarrat, & distinguit: an nempe in tertij voluntatem legatum tacitè; an in tertij arbitrium expressè conferatur: an quantitas in tertij arbitrium; Et his casibus valere: An v. in tertij voluntatem expressè legetur; Et non valere, ait,

L.

Quid
si heres sub
pœna arbi-
tratu tertij
quid facere
jussus?

Patet ex hæcenus dictis, quod à persona electi arbitratoris in legatis recedatur, & ad alium recurratur, eo vel plane non, vel inique arbitrante. Aliud tamen obtinet, si heres quid facere jussus sit sub pœna arbitratus alterius: e. g. si testator hunc in modum scripserit: Heredem meum monumentum mihi extruere, post mortem meam, volo, arbitrato Lucii Titij, sub pœna 100. aureorum: Tamenim, si Titius nolit arbitrari, non receditur, quoad pœnam, à persona illius, & heres pœnæ nomine quid solvere non est adstrictus, per l. 6. π. de cond. & dem. in quo nihil peculiare habet à contractibus, docente Castrensi in l. 43. π. de V. O. in fin. A pœna autem, inquam, heres, proposito in casu, immunis est, non ab extinctione monumenti, quod nihilominus juxta B. V. arbitrium erigendum ab herede erit. quod arbitrium ad modum substantiæ & dignitatis demortui statui debet: prout egregiè hoc ita exponitur à Jcto in l. 27. de cond. & dem. Donell. ad d. l. 43. Busius ad l. 76. pro soc. n. 12. Cast. in d. l. 43.

LI. Optio-

LI.

Optionem quoque legati non legatario solum deferri posse, sed & extraneo, ex l. f. §. 1. C. commun. de leg. expediti juris est: velati: Lego tibi equum, quem ipse elegeris, vel quem elegerit Cajus. Illo in casu, si electio in personam legatarii fuerit collata, etiam rem optimæ qualitatæ optare legatario licebit, l. 2. pr. de opt. leg. l. 9. §. 1. de dol. mal. Grot. 2. man. 22. Vinn. in §. 23. l. de legat. n. 1. Sed hæc facultas olim plane personale jus erat, & ab electi legatarii persona nullatenus recedebatur, nec ad heredes quidem d. §. 23. l. de leg. quod mutatum à Justin. in d. §. per constitutionem quidem l. f. C. commun. de leg. de quo tamen vid. Vinn. ad d. §. Hoc autem in casu, si Cajus arbitrari nolit, aut non possit, tunc facultas arbitrandi in ipsum etiam legatarium jure devolvitur: qui tamen ne affectui ut solet fieri, indulgeat, ad limites mediocritatis, qualis tertio non erant præcisè præscripti, coercetur, & rem mediæ bonitatis optare jubetur, ut in generis legato, d. l. f. §. 1. & l. 37. §. 1. de leg. 1. Cæterum, quot modis distent à se, hæc duo legatorum genera, examinare nobis non licet. Vid. Vinn. alleg. in loco, ubi de hac re multa, & alia non inutilia reperies.

LII.

Hæc omnia autem de objecto hæcenus dicta, intelligenda veniunt de rebus incertis adhuc, actibus & negotiis extrajudicialibus, & non controversis, quibus determinandis arbitrium alicujus eligitur. Ut ita objecto distinguatur præfens nostrum Arbitrium boni viri 1. à judicis arbitrio, quod interponere eidem non licet, nisi controversia sit, & judicio quidem jam ventilari cœpta, & sic judicialis: de quo arbitrio videri potest §. 30. & 31. l. de Action. & quæ ibi tradunt Dd. vid. Frantzk. 13. Ex. 9. n. 1. & seqq. ubi lectorem remittit ad Nicol. Cisner, qui ad d. §. 31. n. 1. & seqq. eruditè & fideliter multiplices arbitrii significationes explicaverit.

2. Ab arbitrio eorum, qui ad causas extrajudiciales controversas componendas, & amicabiliter sopiendas, assumuntur; qui in idem Arbitratorum nomine indignantur apud Dd. quibus incumbit jus contrahentium totis animi viribus explorare, & æqua compositione finire: quæ de re etiam supra.

LIII.

Tandem ad Formam. Hæc vero dependet à Fine, qui est, ut tale quid, de quo hæcenus, ab electo ad boni & æqui normam, sine judicii forma, redigatur, certumque ipsius pronunciatore reddatur. Ut ita formæ requisita sint sequentia. Nempe

De
Legato
Optionis.

Ad
Objectum
pertinet
ut
res sit
incerta
adhuc
&
non con-
troversa.

Arbitrii
hujus
Forma
quæ
à Fine
Requisita
ejus.

I. Ut

2.

I. Ut ad normam boni & æqui tale redigatur. Hoc enim partes, & quicunque eligunt alicujus arbitrium, agunt: Hæc ferè mens eorundem est; ut dicitur in sæpè citata l. 30. pr. π. de oper. libert. Hoc officio quamdiu functus non est electus, tamdiu boni viri arbitrio quid peractum dici non potest. d. l. 30. d. l. 76. pro soc. d. l. 79. eod. licet suo arbitrio æstimaverit aut arbitratus fuerit. d. l. 79. pr. l. 7. pr. de C. E. l. 11. §. 7. de leg. 3. d. l. 30. Rectè autem demum officio suo fecit satis, si intra terminos suæ se potestatis continet. Vide bene Menoch. de A. l. Q. l. 1. q. 13. & seqq. Id quid breviter sit, si non inconsideratè, sed re optime deliberata, quid in uno quoque actu æquum sit, & rationem habeat, statuit. Arbitrari enim, ut alibi dictum, non est indiscretè velle aliquid: hoc enim boni viri arbitrio contrarium foret. Menoch. d. l. n. 3. sed rectitudinem judicii sequi, & deinceps quid justum, quid veritatis & justitiæ regulis consonum, dicere, pronunciare, judicare. Hillig. ad Donell. l. 8. c. 15. Unde arbiter propriè dicitur speculator, inspector: & arbitrari prospicere, accedere cognoscendi, judicandi gratia. Martin. in Lex. Philol. voc. arbitri. Ut itaque boni viri arbitrato aliquid facere nihil sit aliud, quam recto animi judicio absque pravis affectibus, ex æquo & bono quid facere, habita ratione, ne quis lædatur. d. l. 30. Ex judicio boni viri arbitrium suum moderari, non secus, ac sibi ab aliis fieri vellet. l. 1. π. de solut. ex Bart. Phil. Matth. ad l. 22. §. 1. d. R. l. quomodo in simili de clausula in compromissis solita: faciant secundum suam prudentiam. Nach thet Verstandnus/gutbedüncken/oder discretion: quod de prudentia rationi submissa, aliàs non diceretur prudentia, sed fatuitas, intelligi debet, uti docet Besold. in Th. Pr. lit. N. n. 6. Hinc sæpè quid alicui displicet, quod viro bono placet: & contra. l. 41. §. 4. π. de fideic. libert. l. 24. pr. loc. Præprimis autem singulis rei circumstantias vir bonus ponderat, e. g. in dotis quantitate determinanda, respicit ad constituentis patris facultatem, numerum liberorum, mariti dignitatem &c. l. 43. π. de leg. 3. l. 69. §. 1. de iur. dot. ex quibus haut difficulter ipsi adparere potest, quantum pater dari in votis habuerit. d. l. 43. In alimentorum relictorum quantitatis determinatione considerat quantitatem relictæ dotis, incrementa ætatis, modum hereditatis. l. 10. §. f. de alim. leg. In stipulatione de re defendenda, si non fuerit defensa, excusationum justas causas examinat. l. 45. de procur. omnia moderatur, non secus ac si res esset sua.

LIV.

E contrario si secus agat arbitrator, & iniquo suo arbitramento partium

Quid
f.

cium jura lædat, ratum non habetur, sed reprobatur, & tanquam injustum corrigitur boni viri, quicunque ille sit, qui postea eligitur aut aditur, etsi judex sit ordinarius, in casu, quo de reductione convenire nequeant, arbitratu. Est enim ita compromittentium, seu arbitrio substituentium fere mens ea, & tacita quasi conditio, ut, si judicium arbitratoris æquitatis & justitiæ tramites excedere contigerit, parere nolint, juxta elegantem l. 30. π. de op. lib. Quod adeo verum est, ut quamvis juramento interveniente partes promiserint, se stare velle definitioni constituti arbitri, illa tamen conventio non magis obliget. Vid. Molin. de iust. & iur. Tr. 5. q. 30. Christin. vol. 2. decis. 142. n. 6.

LV.

Per hoc distinguitur nostrum arbitrium ab arbitro Compromissario, qui quippe eum in finem adsumitur, ut suo arbitrio, cui, sive æquum sive iniquum sit, partes compromittentes parere volunt, causam controversam decidat. text. expr. in d. l. 76. π. pro soc. Qualem enim arbiter dicat sententiam, hoc ad Prætozem non pertinet, dummodo dicat, quod sibi videtur, inquit J. C. Paulus in l. 19. q. de recept. Quamvis quidem partes, quæ arbitrium alterius compromisso elegerunt, dicantur ab Ulpi. in l. 3. §. 1. π. eod. eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerisse; id tamen ibidem dicitur non in respectu ad sententiæ æquitatem, sed ad ejus ferendæ necessitatem, cum vir bonus susceptum arbitrium non soleat, post cognita maxime negotii secreta, denegare. d. l. Ex hoc vero multi fluunt effectus, de quibus paulò pòst.

LVI.

Sed cum, quantum ad hoc, arbitrium nostrum adhuc conveniat cum judicis arbitrio in b. f. contractibus: idcirco ad formam hujus pertinet ulterius,

2. Ut sine judicii forma id fiat. Omnia scil. amicâ circumstantiarum causæ investigatione, cognitione, examinatione, sive à partibus hæc ipsi arbitro suggerantur, sive ab aliis; sive arbitrator vocaverit partes, sive non: sive præsens, sive absens sit. Quæ in judice secus se habere notum est. Sed & in arbitrio compromissario, quod quidpè ad similitudinem judiciorum redactum est, & propterea ad controversias, more majorum componendas, eligitur, l. 1. π. de recept. l. 32. §. 9. vers. sed compromissum. π. eod. Bernh. Wurmser. tit. 3. ob. pr. 6. n. 2. Conf. Bach. vol. 1. d. 12. th. 4. l. f. Frantzk. w. de recept. n. 21. Dn. Lauterb. 13. Concl. Forens. 14. Ex hoc sua sponte sequitur, quod notavit Vinnius l. q. 16.

E

arbitra-

contra fcom
vis?Per quod
differt
ab
arbitrio
compromissario.

2.

Per quod
ab arbitrio
Judicis
&
Arbitri
comprom.

arbitratu nostro quid fieri, die etiam feriato, posse. arg. l. 8. C. de feriis id quod nec ab arbitro compromissario, nec à Judice potest. l. 3. l. 7. C. eod. Camill. Borellus Tr. de compromissis §. 3. gloss. 4. n. 70. Eberhard. loc. leg. 40. num. 19.

LVII.

Cum autem & ii, qui experiuntur, ut suo consilio & auctoritate dis-
cuti partes causam patiantur: & Proxonez, & Consiliarii & Commenda-
ntes, eadem ferè facere soleant; idcirco additur

3.
Per quod
&
multis.

3. Ut tale quid certum reddatur ipsius pronunciato. Id
quod non faciunt i, qui non recipiunt tale arbitrium, sed qui consilio vel
auctoritate saltem experiuntur, ut partes patiantur tale quid certum red-
di. arg. l. 13. §. 2. de recept. 2. Consiliarii, qui quidem eliguntur, ut arbi-
tratori consilium suggerant, quid pronunciet; ipsi autem nihil certum
reddunt. 3. Commendantes, qui id præprimis agunt, ut commenda-
tis officia humanitatis exhibeantur, & incitant ad id; sed ut fiat, senten-
tiam nullam ferunt, aut certum reddunt, cum ad hoc non sint adsumpti,
per ea quæ tractat Generosus Dn. ab Harstall in Dissert. de Commenda-
tione. Pronunciato autem certum id redditur, non sententia. arg.
l. 13. §. 5. de his qui not. inf. Ratio, quia illorum decretum valet, non ex
auctoritate publica, verum ex privata conventionione & electione: & arbi-
trator non ut iudex, sed ut mediator quidam, intervenit, cujus opinatiōi
nulla necessitate parere partes tenentur. Vid. Bachov. vol. 2. disput. 12.
th. 4. l. f.

LVIII.

Haecenus de arbitratu B. V. ex suis causis constituendo. Constitu-
tum, quod attinet, consideramus illum methodo Juris Interpp. consueta,
i. ex effectu.

Arbitratus
consideratur
etiam ut
Constitu-
tus.
I.
ex
Effectu.
Quoad
eundem
Conferen-
tes
ubi alius est
ejus
Pendentis.

Effectus autem arbitrii hujus collati & suscepti quidem alius cer-
nitur respectu conferentium: alius respectu suscipientis. Quoad
illos effectus alius est arbitrii pendentis: alius per pronunciatum
arbitratoris finiti. Pendentis nominatim restricti (ut supra distin-
ximus) effectus est, quod negotium & actus imperfectus maneat, donec
certus ille electus arbitratus fuerit; idque propter conditionem, quam
in se habet tale arbitrium, d. l. f. C. de contr. emt. §. 1. l. eod. Et si tempore fa-
cultas arbitrandi circumscripta non est, expectandum erit, quando cumq;
fuerit arbitratus, usque dum partes mutuo consensu aliter contrahant.

Ba

Bachov. V. 2. d. 27. th. 7. 4. Si tamen arbitrari debuit, nec arbitratus est,
judicis erit æstimare, an facultas arbitrandi extincta sit. Menoch. de
4. l. Q. l. 1. q. 22. n. 11. Finiti vero per pronunciatum seu ab initio no-
minati seu innominati, & post à certa persona suscepti arbitrii effectus
diversus est: prout benè vel male arbitratus est electus. Quod si enim
bene officio suo functus est, ita ut æquitas in pronunciando fuerit servata;
ut jure contractus, ut loquitur Jctus in d. l. 76. pro soc. pronunciatum
hoc ratum sit: tunc negotium illud, quod propter arbitrium nondum fi-
nitum pendebat, per pronunciatum hoc purificatum est. d. l. f. C. de C.
E. §. 1. Inst. eod. l. 25. pr. ff. loc. ac contrahentes stare contractui, ita puri-
ficato, tenentur: eidem parere. d. l. 76. pro soc. eundem ad effectum per-
ducere, d. l. 25. pr. locat. Gloss. in summa d. l. f. ubi de emtione quidem
& locatione agit; Actioque non ex arbitrio quidem hoc, sed ex illo ipso
contractu vero, e. g. emtionis, d. l. f. C. de C. E. locationis, d. l. 25. socie-
tatis, d. l. 76. stipulationis, arg. d. l. 43. de V. O. aut quasi contractui, agni-
tionis nempe rei per ultimam voluntatem, cum onere legati aut fideicom-
missi exolvendæ, relictæ, arg. §. 5. l. de obl. quæ quas. ex contr. junct. l. 11.
§. 7. de leg. 3. ibi: debetur: competit. Ubi autem male arbitratus fuit,
ubi laudum (non raro enim etiam communis amici arbitrium prævum
est. d. l. 79. junct. l. 76. pro soc. & arbiter electus commoda alterius de-
fraudat. l. f. §. 1. C. comm. de legat.) iniquitatem, aut læsionem compre-
hendit, ad arbitrium boni viri reductio instituitur, non tantum in b. f.
contractibus, sed etiam in stricti juris. l. 30. pr. de op. lib. P. Bus. in comm.
ad l. 76. & seqq. pr. pro soc. num. 3. de qua reductione paucis dicturus
sum.

Finiti,

Bene.

Male.

Hic de
Reductione
arbitrii ta-
lis ad b. v.
arbitrium.

LIX.

Reducere aliàs idem est, ac restaurare, & pristinæ formæ restituere.
Vid. Lexic. Nobis in præsens sumitur loco verbi corrigere, & ad
æqualitatem redigere. Unde reductio nihil est, nisi correctio quædam.
d. l. 76. junct. 79. pro soc. Vocatur etiam reductio Franzk. de recept.
item correctio, reformatio. Ut itaque reductio sit reformatio
pronunciati arbitratoris iniqui, vel ab alio bono viro, sine
judicio, partibus ita consentientibus, vel à iudice competen-
te, ordinaria actione à parte læsa instituta, facta ad melius &
æquius. Dicitur quoque reductio ad arbitrium boni viri, i. e. ad
æqualitatem & justitiam. Bonus enim vir in jure est vel ipse iudex:

Quid en sit?

E 2

uti adparet ex l. 137. §. 2. de V. O. cui semper iustitia & æquitatis regulæ obversari debent: vel alius, qui, ut iudicem bonum & juris studiosum addecet, pronunciat, quemadmodum videre est ex l. 18. æ. jud. solv. l. 45. pr. de procur. & definiente Pratejo in Lexic. *bonus vir est, qui nullius fraudis conscius, verum honestatis iudicium sine affectibus, in qualibet re, sequitur.* Conf. ea quæ tradit th. 6. Qui hanc reductionem petit, læsionis probationem in se transfert, Mascard, de prob. vol. 3. conclus. 1259. num. 1.

LX.

A quo
iudice peti-
tur?

Petitur hæc reductio, si opus (i. e. si res ad iudicem per partium contentionem devenerit, P. Busius ad d. l. 76. & seqq. ff. pro socio. n. 8.) à iudice ordinario, ejus videl. contra quem quis vult experiri: non à iudice arbitratoris, per actionem ordinariam, ex contractu profilientem: e. g. in societate, per iudicium societatis, l. 79. pro soc. vel etiam per exceptionem: ut in speciel. 43. de V. O. & l. 30. de oper. libert. Christin. decis. 142. n. 4. & 5. Bach. in comment. ad D. in tit. de recept. c. 1. Vinn. quæst. 16. Myns. 2. O. 61. Intra quod tempus id petendum, variè à Dd. disputatur. Melior sententia nobis videtur eorum, qui opinantur, illud fieri debere intra tempus, quo actio vel exceptio instituitur vel opponi potest, Bach. d. l. Ac proinde falsum credo, quod tale arbitramentum vim habere appellationis dicitur, & lapsu decem dierum confirmari: quod vult Panorm. in c. quintavillis, & alii. Nec magis subsistere posse arbitror illam opinionem, qua statuitur, anno laudum hoc validitatem nancisci, nisi contradicatur, per l. 5. C. de censib. cum d. l. de speciali plane materia loquatur, Vid. Brun. ad d. l. Busius ad d. l. 76. & seqq. n. 13.

LXI.

Hic non prætermittenda illa quæstio: Num iudex ex officio compellatur pravitate laudi corrigere? Quod quidem defendere ausus est Bart. in d. l. 76. §. arbitr. pro soc. n. 102. Verum sine textu: ideoque rectius hoc negatur cum Bachov. Nec minus commentitium est, quod putat, enormiter læso succurri ex Edicto Prætoris de Majoribus, & quidem ejus clausula generali, per actionem rescissoriam. Nam ejusmodi arbitrium, si modum æqualitatis excedat, prorsus caret robore, nec habetur pro arbitrio boni viri; ut adeo rescissione opus hautquaquam sit, sed correctionem tantum desideret, usque dum intra boni & æqui gyrum redactam sit, d. l. 79. pro soc. Hinc faciliè expeditu est, quod quæritur à Dd. & in utramque partem disceptatur: Utrum provocationi locus sit post

post aditum pro reductione iudicem inferiorem? Enimvero cum illud remedium, quo apud iudicem petitur reductio, nihil aliud sit, quam remedium ordinarium; Et vero ab omni actione via ad appellationis beneficium pateat, res certa & minus controversa esse videtur.

LXII.

In contractu emtionis venditionis an reductio nostra institui possit, aut usum aliquem habeat? controversia haut caret. Negationem evincere videntur argumenta sequentia 1. quod Imperator expressim scribat in d. §. 1. Inst. & d. l. f. C. de C. E. omnimodò secundum arbitratoris estimationem pretium persolvendum, & res tradenda, & venditio ad effectum perducenda, quæ verba ibid. Vinn. ita declarat: *Etiamsi Titius, arbitrator, multò pluris, aut minoris rem estimaverit, quam valet, dicendum, valere contractum.* 2. Per definitionem arbitratoris læsio fit aut infra dimidium; aut ultra. Si prius, tunc aliunde constat licere ementibus invicem usque ad dimidiam pretii partem se circumvenire: ex quo colligeres reductionem non admitti. Posteriori autem modo remedium ex l. 2. C. de Resc. Vend. in promptu est. Verum, utut hæc ita speciosè disputentur, non tamen defunt, quæ communem sententiam, quam Bald. Salicet, & quamplures alii in d. l. f. C. de C. E. amplexi sunt, stabiliunt. Objectionibus autem istis reponi potest, & quidem (1.) verbo: *Omnimodò*: illud non adedò prescè accipiendum esse, sed civiliter, ut excludatur casus nimis inæqualitatis & arbitrii pravitatis, quæ dolum arguit, docente Jcto in l. 79. pro soc. & arg. l. 36. de V. O. Ad (2.) R. quod remedium istud l. 2. sit extraordinarium: quod non tollit ordinarium: quale est actio ad nostram correctionem: quomodo id evenit etiam in casu divisionis perperam, læsione licet infra dimidium existente, factæ, l. 3. C. commun. utriusque judic. Confer Bachov. ad Tr. v. 2. d. 27. th. 7. lit. e. f. P. Busius ad d. l. 76. & seqq. ff. pro soc. n. 7.

LXIII.

Adferimus ergo remedium illud, quo petitur reductio, non esse aliquod remedium absolutè, aut per se subsistens, sed quod innititur & accedit ordinariæ actioni, ex contractu provenienti; uti haut obscure docemur in l. 79. pro soc. ubi Jctus inquit: *per iudicium bonæ fidei pravitas corrigatur.* Unde patet, quam diversum sit ab Appellatione, transactione, & id genus aliis. Amittitur hoc remedium cum tempore, & præscribitur illo tempore, quo actio ordinaria, uti supra ostensum,

An in Em-
vend. locum
habeat?

An sit reme-
dium per se
subsistens?

De
Effectu
quoad
Consti-
tuentes &
Arbitrato-
rem.

LXIV.

Quod effectum concernit, qui oritur ex collatione & susceptione arbitrii huius, inter constituentes & arbitratorem: dicendum est, quod arbitrator electus obligatione constringatur suscipiendo arbitrium, & cogi possit ad arbitrandum; non tantum, si cum poena aut pignoribus cautum sit stari ejus arbitrio, uti Glossa ad d. l. f. verb. locum habere: restrictè loquitur; sed etiam si indefinite: ut ex Cyno, Angelo, & aliis, additionator Glossæ lit. d. notavit. Pro diverso autem constituendi modo, diversis remediis conveniri potest: veluti actione mandati: ex stipulatu: & sic porro. Conf. l. 3. §. 1. l. u. §. 1. l. 32. §. 1. de recept. Si culpa aut dolus arbitratoris interveniat, tenetur de dolo. Glossa ad l. f. C. d. C. E. verb. proveniat. & culpa, remediis competentibus. Quibus remediis ex adverso eligentes ab arbitratore conveniri queant, ex dictis colligi potest.

Affinia.

Similia quænam sint huic arbitrio nostro, patere potest ex illis, quæ de formalitate antea diximus.

Contraria.

LXV.

Collatum in contractibus certo alicui arbitrium hoc, & ab eo susceptum, morte susipientis, antequam arbitratus fuerit, finitur: per supra deducta; quia in iis statum & modum obligationis constituit, sive sit b. f. contractus l. si co-
ta. 75. pro soc. l. fin. C. de C. E. l. si merces, 25. pr. π. locat. sive stricti juris. l. 43. & seq. π. de V. O. l. 22. §. 1. de R. l. Cum enim procul dubio eligentes ad electi experientiam & integritatem præreliquis respexerint, tutius est dicere hanc facultatem cum morte arbitratoris electi evanescere. arg. l. 45. π. de recept. l. 32. §. 16. eod. l. 43. π. d. V. O. Dd. in d. l. f. C. d. C. E. l. f. C. comm. de legat. Personæ namque adhæret. Bertach. hac voc. n. 36. 37. nec ad heredes pervenit. dd. ll. Joh. Alexand. in d. l. si quis 43. d. V. O. In legatis secus est. l. 1. §. 1. π. de leg. 2. l. f. §. 1. C. comm. de leg. l. 27. inf. de fideic. libert. Gœdd. de contr. stip. c. 8. n. 170. An & deportatione ejusdem? vid. Bachov. ad Tr. V. 2. d. 27. th. 7. lit. a.

LXVI.

Ceterum morte conferentium arbitrium non finitur, sed si contrahentes ita contraxerint, nihil impedit, quominus arbitramentum illud ad heredes ejusm. constituentium transeat: ita ut illos id ipsum expectare & sequi oporteat. arg. §. 4. Inst. de verb. obl. Nam quamvis illud in ordine ad arbitratorem dicatur arbitramentum: est tamen respectu contrahentium pactum, quod regulariter ad heredes transmittitur, eodemque obligat. Vid. Mantic de tac. & amb. convent. lib. 2. tit. 1. n. 42.

LXVII.

Quod si autem in contractibus certæ personæ arbitratu quid fieri debuit; illa vero arbitrari vel noluerit, vel non potuerit, quod non vivat, aut adesse nequeat: tunc desinit itidem arbitrium, & pro nihilo est negotium; quasi conditio-
ne, sub qua contractum, deficiente. l. 25. pr. π. loc. l. 43. d. V. O. Creditoris autem mora in arbitrando commissa debitori non noceat. d. l. quemadmodum & si in tertii arbitrium collatum est factum, & poena adjecta, ipso non arbitrante, multa à gravato non committitur. l. 6. pr. π. de cond. & demonst.

TANTUM.

Soli rerum arbitro fit laus & gloria.